



**1 UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE**

**CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS**

**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**RODOLFO FERNANDES CABRAL**

**DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL PRIVADA DE BENS IMÓVEIS  
PÚBLICOS: ENFRENTAMENTO DOS DIREITO FUNDAMENTAIS  
E A PROTEÇÃO AOS BENS IMÓVEIS PÚBLICOS.**

**Natal 2015**

**RODOLFO FERNANDES CABRAL**

**DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL PRIVADA DE BENS IMÓVEIS PÚBLICOS:  
ENFRENTAMENTO DOS DIREITO FUNDAMENTAIS E A PROTEÇÃO AOS  
BENS IMÓVEIS PÚBLICOS.**

Dissertação apresentada ao  
Programa de Pós-Graduação em  
Direito da Universidade Federal do  
Rio Grande do Norte, como requisito  
para obtenção do título Mestre em  
Direito na Universidade Federal do  
Rio Grande do Norte.

Orientador: Prof. Dr. Otacílio dos  
Santos Silveira Neto

**NATAL 2015**

Catálogo da Publicação na Fonte.  
UFRN / Biblioteca Setorial do CCSA

Cabral, Rodolfo Fernandes.

Desapropriação judicial privada de bens imóveis públicos: enfrentamento dos direitos fundamentais e a proteção aos bens imóveis públicos / Rodolfo Fernandes Cabral. - Natal, 2017.

173f.

Orientador: Prof. Dr. Otacílio dos Santos Silveira Neto.

Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Centro de Ciências Sociais Aplicadas. Programa de Pós-graduação em Direito.

1. Desapropriação judicial - Dissertação. 2. Bem Público - Dissertação. 3. Propriedade - Dissertação. I. Silveira Neto, Otacílio dos Santos. II. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. III. Título.

RN/BS/CCSA

CDU 349.412.28

## **LISTA DE SIGLAS**

AC – Estado do Acre

DF – Distrito Federal

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

RE – Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

RJ – Estado do Rio de Janeiro

RN – Estado do Rio Grande do Norte

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJ/SP – Tribunal de Justiça de São Paulo

TCE – Tribunal de Contas do Estado

TCU – Tribunal de Contas da União

## AGRADECIMENTOS

Devo agradecimento, sobretudo, a Deus, aos meus pais e familiares que sempre estiveram ao meu lado. Preciso nominar o meu irmão Rodrigo e minha irmã Mariana.

Agradeço a Kléber Marinho, Cassandra Marinho, Emanuel, Ianny Felinto, Leonardo Cruz, Leandro Araújo Júnior, Leandro Caetano, Wagner Gama, Tennessee Mendes, Eleida Moraes e Hemily Mendes, cujo carinho e caridade tanto me ensinou e corrigiu.

Preciso nominar aos mais especiais amigos, Sidney Maia Júnior, Thiago Moraes, Marcelo Braga, Jonas Filho, Elton Gil, Cláudia Hinglde, Rafaela Ravana, Carla Rhuama, e Victor Guedes, dentre tantos, que me ensinaram a fraternidade.

Tenho um profundo e especial agradecimento aos professores da Universidade Federal do Rio Grande do Norte que colaboraram com essa dissertação, especialmente meu orientador, cuja paciência nunca me faltou, Otacílio Silveira.

Por fim, agradeço a minha namorada, Larissa Moura, por tanto amor e cumplicidade.

**2404.** «Quem usa desses bens, não deve considerar as coisas exteriores, que legitimamente possui, só como próprias, mas também como comuns, no sentido de que possam beneficiar, não só a si, mas também aos outros»(148). A propriedade dum bem faz do seu detentor um administrador da providência de Deus, com a obrigação de o fazer frutificar e de comunicar os seus benefícios aos outros, a começar pelos seus próximos.

(Catecismo da Igreja Católica, parágrafo 2.404)

## 1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 trouxe importantes mudanças no tocante à propriedade privada. Enquanto que a Constituição anterior trazia em si a ideia de um Estado protetor da propriedade, este visto como direito real por excelência e penhor da liberdade individual, com a Constituição Cidadã sua função social passa a integrar à estrutura e ao conceito da própria inteligência de propriedade.

Contudo, a ideia de função social da propriedade, no Brasil, se afasta da concepção da doutrina de Emilio Betti, de inspiração fascista, bem como da construção socialista. A Constituição de 1988, por ter convergido diversas orientações ideológicas, em respeito ao pluralismo político, terminou por estabelecer um conceito próprio, típico, singular de Função Social da Propriedade, que converge tanto a concepção de dinamicidade da economia, quanto os direitos difusos ao meio ambiente e desenvolvimento sustentável.

Já o Código Civil de 2002, ao fundir as compreensões de Domínio e Propriedade, termina por valorizar a sua Função Social, que não apenas legitima a defesa da exclusividade de fruição da coisa por parte do Estado (propriedade em sentido clássico), mas os próprios poderes de benefício da coisa por parte do dono (domínio).

Essa valorização da Função Social da Propriedade termina por valorizar sua importância para coletividade. A propriedade não interessa, exclusivamente, ao indivíduo, mas à sociedade como um todo.

O princípio da função social da propriedade, atualmente, visa ao combate do abuso de direito da propriedade privada. Os bens só serão constitucionalmente protegidos se atenderem sua função social típica.

A Constituição Federal de 1988, juntamente com as Convenções Internacionais de Direitos Humanos que a sucederam, acabou por possibilitar o

fortalecimento da Função Social da Posse, a um nível constitucional, no ordenamento jurídico brasileiro.

Exemplo dessa consolidação é a previsão do Imposto Sobre Propriedade Territorial e Predial Urbano Progressivo, nos termos do art. 186, §4º, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000, a propriedade urbana em área de edificação compulsória não pode ficar inutilizada, nem tampouco pode a propriedade rural se destinar a atividades nocivas ao meio ambiente, em desrespeito à legislação ambiental. A função social da propriedade termina por munir o aplicador do Direito de fundamentos para relativizar o domínio privado, em benefício da sociedade.

Os bens são meios para persecução da dignidade humana de cada indivíduo. Dessa maneira, a Função Social da Posse termina por coagir o Estado a cumprir seu dever de agir de maneira proativa no amplo acesso à propriedade e no regular uso desse direito.

A Constituição de 1988, dentro da perspectiva neoconstitucionalista, tem por cerne a concretização dos direitos fundamentais, ampliando de sobremaneira seu rol. Os direitos sociais ganharam grande destaque.

Enquanto que a Constituição de 1967, com a emenda constitucional nº 1/69, sequer trazia em seu texto capítulo específico com os direitos sociais, que se encontravam dispersos nos capítulos dos direitos políticos e direitos e liberdades individuais, a Constituição de 1988, e suas diversas emendas, deram grande destaque, incluindo, inclusive, entre os fundamentos da República o valor social do trabalho.

Dentre os direitos sociais fundamentais destacados na Carta Magna do Brasil, tem-se a moradia e o trabalho (ambos do art. 6º, *caput*). Esses direitos são efetivados pela posse-trabalho e pela posse-moradia.



Assim, a posse funcionalizada ganhou grande importância no Direito pátrio, enfrentando uma questão relevante em nossa sociedade: o confronto entre posse-trabalho ou posse-moradia e o direito de propriedade.

Importante destacar que doutrina balizada já aponta a posse como direito fundamental, como instrumento essencial de concretização desses direitos, não podendo estar ao revel do Estado sua proteção.

A desapropriação judicial pela posse-trabalho ou posse-moradia está contida nos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do CC/2002. Em suma, havendo posse interrompida, por mais de cinco anos, de imóvel de grande extensão, por várias famílias, o juiz pode determinar sua desapropriação, com o devido pagamento de indenização.

Tal instituto teve origem na atividade jurisdicional, no famoso caso da favela Pullman<sup>1</sup>, aplicando-se diretamente princípios constitucionais como função social da propriedade, dignidade da pessoa humana e conteúdo patrimonial mínimo, o Estado-juiz determinou a desapropriação de extensa área, em favor de seus posseiros.

A atual visão de patrimônio mínimo, como instrumento essencial à efetivação da dignidade da pessoa humana, eleva o direito fundamental de propriedade a um novo patamar: além de liberdade individual, é direito social que precisa ser efetivado, instrumento essencial da dignidade da pessoa humana.

Contudo, pouco se explorou com relação às limitações que o Estado-juiz sofre na garantia desse direito fundamental e muito menos se explorou as limitações da proteção constitucional da propriedade do próprio Estado. Por mais que seja de interesse geral a proteção dos bens públicos, também é de interesse de todos que qualquer propriedade atinja sua função social.

---

<sup>1</sup> Aqui cabe breve comentário. O termo “favela”, apesar de perjurativo, era amplamente utilizado à época dos fatos. De tal modo que ficou conhecido na literatura jurídica o termo “Caso da Favela Pullman”. A troca de termo *favela* por outro mais correto do ponto de vista ética, poderia trazer prejuízo à identificação do caso. De tal maneira, no presente trabalho, será utilizado o termo “favela”.

A despeito de tudo, a I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal aprovou o enunciado nº 83, vedando a desapropriação por posse-trabalho de bens imóveis públicos.

O argumento levantado naquele evento é que os bens imóveis públicos, por não serem suscetíveis de usucapião, não poderiam ser desapropriados para interesses particulares. Não obstante, a IV Jornada de Direito Civil aprovou o enunciado nº 304, que reconheceu a possibilidade de desapropriação no caso de bens imóveis públicos dominicais.

O problema central do presente trabalho é que o Estado, enquanto ente jurídico-constitucional responsável pela concretização dos direitos fundamentais de moradia, trabalho e propriedade, é, por vezes, omissos tanto no seu papel de efetivação desses direitos, quanto de gestão dos bens públicos.

Outros problemas se insurgem. Os direitos sociais, compreendidos como direitos positivos, devem ser garantidos por meio de políticas públicas ativas. Contudo, os direitos sociais do trabalho e da moradia não podem ser satisfeitos sem garantia da posse, a qual é entendida, por grande parte da doutrina mais clássica, como mero fato social.

Nesse sentido, o Código Civil de 2002 trouxe a desapropriação judicial por posse-trabalho ou posse-moradia. Entretanto, o judiciário pátrio tem se mostrado demasiadamente tímido no uso dessa inteligência.

O grande problema é se o direito fundamental à moradia e ao trabalho é suficientemente forte para transferir uma propriedade pública para a esfera particular. Há um enfrentamento entre dois interesses notadamente públicos: a proteção do patrimônio de todos e o direito fundamental particular.

Tem-se outros questionamentos que se insurgem, como o limite para a efetivação dos direitos fundamentais da moradia e trabalho frente a direitos

fundamentais da fruição de bens imóveis públicos, ao meio ambiente saudável entre outros.

Por fim, tem-se que o problema da ocupação de bens imóveis públicos é recorrente em praticamente todas as cidades do país.

A primeira, e mais primordial das perguntas é “O que é Função Social da Propriedade”? Quais os atuais objetivos que a propriedade deve atender atualmente, com base nessas respostas, podemos entender qual a finalidade da proteção da propriedade, bem como deve se operar sua aquisição para otimizar sua finalidade.

A segunda pergunta a ser feita é a natureza do direito à propriedade e do conteúdo patrimonial mínimo, se tratam de direitos meramente negativos, ou possuem natureza de direitos fundamentais ativos?

A terceira pergunta é se a posse-trabalho e a posse-moradia já constituem, no nosso ordenamento, como direitos fundamentais, ou são meros fatos sociais que merecem a atenção do Direito e do Estado?

Então, passa-se para a pergunta seguinte: qual a natureza da desapropriação judicial, se trata de mera faculdade do Estado-juiz ou um direito subjetivo e como se opera esse instituto e sua indenização, quem deve pagá-la?

Superando essa fase, passamos a análise da pergunta: sendo um direito subjetivo que garante dois direitos fundamentais (moradia e trabalho), em enfrentamento ao interesse público de proteção aos bens do Estado, qual deve prevalecer?

Por fim, passa a uma discussão acerca do pacto federativo, posto que um dos poderes do Estado (o judiciário) se interferirá na esfera de outro poder (o executivo), posto que cabe ao último a defesa e administração dos bens públicos e, se tratando de imóvel municipal e distrital, será um poder de outro ente federativo a interferir na

esfera patrimonial.

Como pressupostos para esse trabalho, partimos da concepção da inexistência da propriedade, como atualmente entendida, dissociada da sua função social. Partimos do pressuposto que essa função social passa, inevitavelmente, pelos direitos fundamentais.

Outra ideia basilar é a limitação tanto da inércia da Administração Pública de bens imóveis, quanto do próprio Estado-juiz em suas decisões para efetivar os direitos fundamentais.

Outro pressuposto a ser considerado é que é do interesse público o acesso à propriedade privada para realização de direitos fundamentais, bem como o é a proteção da propriedade do próprio Estado e da sociedade

O desenvolvimento pessoal deve ser entendido como um direito a ser garantido pelo Poder Público, seja pelo uso do poder de polícia para evitar os abusos de direito por parte dos agentes econômicos, seja por políticas públicas efetivas de geração de renda e trabalho.

O problema de aproveitamento dos espaços urbanos e rurais no Brasil é consabido, sendo reconhecido pelo ordenamento jurídico pátrio. A própria Carta Magna preocupou-se com o tema, ao autorizar a desapropriação progressiva de espaços urbanos e de bens imóveis rurais para fins de reforma agrária.

Não obstante, a própria administração pública tem-se quedado inerte frente a problemática. Apesar da existência de bens imóveis públicos urbanos e rurais de grandes extensões, o Estado não procede a programas de assentamento rural ou habitação, ou mesmo a uma política de planejamento, para uso futuro desses bens.

Questão mais visível quando se diz respeito à posse de bens imóveis públicos. Apesar da impossibilidade de usucapião de bens imóveis públicos,

inexistiria vedação à aplicação da inteligência do art. 1.228, §§ 4º e 5º do Código Civil (Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002).

Sem se restringir unicamente à desapropriação de bens imóveis públicos, os fundamentos constitucionais da desapropriação judicial merecem melhor aprofundamento. O direito de propriedade não deve mais ser visto como mera liberdade individual, mas como direito social de acesso ao patrimônio existencial mínimo.

## 2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E A PROPRIEDADE

### 2.1 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E O CONCEITO ATUAL DE PROPRIEDADE.

Antes de adentrar num conceito atual do que é propriedade, é mister que se faça um pequeno resgate histórico do seu conceito. O senso comum nos reporta à ideia de que a propriedade privada sempre existiu, que é um direito natural inerente ao homem, em vez de uma construção social e cultural relativamente recente.

Essa concepção estereotipada que a propriedade sempre existiu, que seu conceito permanece imutável, por vezes, contamina nossas decisões judiciais e produção acadêmica com a falsa premissa que a construção da propriedade é algo concluso e apenas merecedor de proteção.

Em verdade, muito acertadamente, Pugliatti se apossou da expressão “propriedades”, no plural, para se referir às diversas especificidades inerentes às muitas realidades que compõem essa inteligência jurídica. Realmente, não se encontra alguns fundamentos aplicáveis a toda e qualquer propriedade, mas diversos aplicáveis a cada caso.

“Muito erra o profissional que põe os olhos no direito positivo e supõe que os lineamentos do instituto constituem a cristalização dos princípios em termos permanentes, ou que o estágio atual da propriedade é a derradeira, definitiva fase de seu desenvolvimento. Ao revés, envolve sempre, modifica-se ao sabor das injunções econômicas, políticas, sociais e religiosas. Nem se pode falar, a rigor, que a estrutura jurídica da propriedade, tal como se reflete em nosso Código, é a determinação de sua realidade sociológica, pois que aos nossos olhos e sem que alguém possa impedi-lo, ela está passando por

transformações tão substanciais quanto aquelas que caracterizam a criação da propriedade individual, ou que inspiraram a sua concepção feudal”<sup>2</sup>

Remontando à Idade Média, não se existia uma propriedade consolidada sobre a terra, mas um conjunto, quase sem fim, de propriedades sobre ela, que tinham por titular último o rei. O poder do monarca residia numa intrincada rede de titularidades pessoais e reais – aqui, real está no sentido jurídico-civilista. A propriedade medieval se construía, basicamente, em cima de sua efetividade e do bem apropriado<sup>3</sup>.

Importante frisar que mesmo na alta idade média não se percebe um conceito absoluto de propriedade, pelo qual o seu titular poderia dispor livremente de seus direitos. O seu exercício passaria por uma série de limitações.

É através da obra de São Tomás de Aquino que se tem um conceito de função social limitadora da propriedade, que facilmente se pode utilizar no direito hodierno:

*“Em relação aos bens exteriores, compete ao homem uma dupla atribuição. Uma é o poder de gerir e de dispor. Quanto a isso, é lícito que o homem possua bens como próprios. É até necessário à vida humana, (...)*

*Outra atribuição que compete ao homem em relação aos bens exteriores é o uso delas. Sob esse aspecto, o homem não deve ter os bens exteriores como próprias, mas como comuns (...)*

*(...) portanto, deve-se dizer que a comunidade de bens se atribui ao direito natural, não que este prescreva que tudo seja possuído em comum e nada seja tido como próprio, mas sim que as divisões das posses não vem do direito natural, porém da convenção humana, dependendo, portanto, do direito positivo<sup>3</sup>.*

---

2 PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense. Vol. IV, 12ª edição, 1997, p. 64.

3 Cf. CORTIANO JÚNIOR. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas : (uma análise do ensino do direito de propriedade)*. Rio de Janeiro: Renovar. 2002 P. 12.

Percebe-se, com clareza, um conceito de propriedade relativizado pela sua função social, no qual seria lícito a posse de bens como próprios. Porém tal apropriação seria lícita tão somente para subsistência humana, organização social da economia e promoção do bem comum. De outro modo, não seria possível a organização econômica.

Assim, já Tomás de Aquino defendia que o titular da propriedade que não a utilizasse conforme sua função social, ou a utilizasse de modo a caracterizar abuso do direito de propriedade, deixaria de ser merecedor da égide jurídica que recaia sobre a coisa. Assim, aquele que não exercesse a propriedade conforme sua função social, poderia ver-se expropriado dessa.

No sistema proprietário feudal, formado pela tríade Vassalo-Suserano-Soberano, em cima de uma mesma propriedade se sobrepunham diversas titularidades. Até o século IX o poder de concessão de propriedades e usufrutos sobre terras, era absoluto do soberano.

Vemos, especialmente na França, com o rei Luiz, o Pio, um declínio do poder do soberano de retirar livremente a propriedade de um vassalo. O mesmo ocorre com o rei João Sem-terras da Inglaterra, com a *Magna Charta* de 1215<sup>4</sup>.

Com o declínio do sistema feudal, em especial na França, a burguesia emergente ansiava por acumular duas coisas: capital e poder político. Ocorre que, à época, a matéria-prima e o poder político encontravam-se vinculados às propriedades feudais.

Carvão, madeira, rebanhos, pedras, todos esses materiais eram provenientes de concessões de um rei cada vez mais enfraquecido diante da aristocracia feudal, esta fundada num milenar sistema de *homenagens* que vinculavam uns aos outros<sup>5</sup>.

---

4 BLOCH, Marc Leopold Benjamin. *A Sociedade Feudal*. Lisboa: Edições 70. SILVA, Luiz (tradutor). 2ª edição, 2001, pp. 204 a 207.

5 BLOCH, Marc Leopold Benjamin. *A Sociedade Feudal*. op. cit. p. 249 e 250.



A complexa aquisição dessas propriedades (inúmeras) era um evidente entrave para a circulação de riqueza.

Ainda que o burguês adquirisse o título do vassalo, e com ele a posse mais direta do bem, haveria o suserano com um direito *superior* sobre o imóvel. Esses inúmeros títulos que recaíam sobre a mesma propriedade dificultava a aquisição livre e desembaraçada da propriedade.

Nessa esteira, se fazia necessário que a propriedade se tornasse unificada, abstrata, concentrada na pessoa de seu proprietário, e não em títulos de submissão a outras pessoas<sup>6</sup>. Assim, surgem os *novos Estados Absolutistas*:

“A monarquia, beneficiada com a crise do feudalismo, do papado e do império romano-germânico, fortaleceu-se, enfeixou o poder latente nos vários escalões do feudalismo e unificou a vida nacional com base no território dos velhos reinos, por sobre as fronteiras feudais. Assim, o Estado integrou e absolveu o poder em relação às funções administrativas<sup>7</sup>”.

Nesse dado período da história, se observa que as relações privadas e as públicas eram intrínsecas. Como já externado, o poder político residia na propriedade particular sobre os meios de produção. Dessa maneira, a unificação do poder político passava, necessariamente pelo fim do parcelamento do direito de propriedade.

Assim, a terra deixaria de ser um instrumento honorífico, subjetivo ao seu senhor e passava a ser uma mercadoria, um bem disponível no mercado para circulação de riqueza, que, invariavelmente, se tornaria na circulação de poder.

Com a ascensão do Estado Absolutista, observa-se também a consolidação da propriedade absoluta. O Estado Moderno é proveniente do processo de caducidade do sistema de produção feudal. Os monarcas passam a concentrar

---

6 Cf. CORTIANO JÚNIOR. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas*. Op. Cit. P. 32.

7 Cf. CORTIANO JÚNIOR. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas*. Op. Cit. P. 40

poderes locais em um centro nacional, do qual se emanava as decisões da nação<sup>8</sup>.

O Estado Absolutista passa a moldar uma nação unificada, com fulcro em premissas de território e soberania, criando espaço para o advento do Estado Liberal. Contudo, esse novo Estado Nacional permanecia essencialmente patrimonialista, o poder do soberano estava em sua propriedade sobre os bens públicos.

Nesse processo, vê-se a transformação da propriedade num conceito absoluto. Antes, instrumento de legitimação do poder local, por meio de fracionamento do poder de propriedade. Agora unificada a propriedade, facilitando sua tradição entre as pessoas.

Já no Estado Liberal, continua-se o processo de facilitação da mudança de titularidades e proteção da propriedade. Enquanto instrumento de liberdade, ao Estado Liberal cabia a proteção máxima da propriedade. A posse deixa de ter importância jurídica, passando a ser mero fato social. O Estado passa a exercer a função de penhor da propriedade.

Foi-se com as revoluções burguesas liberais que se buscou o fim dos últimos resquícios da propriedade feudal, com base num discurso filosófico calcado no jusnaturalismo, especialmente nas obras de Montesquieu, Kant, Hobbes e Locke<sup>9</sup>. Constrói-se uma concepção de direito de propriedade inviolável, sagrado, natural, com a proteção máxima do Estado, que apenas poderia violá-lo mediante compensação justa e prévia, em casos de excepcional interesse público<sup>10</sup>.

---

8 Ef. ANDERSON, Pery. *Linhagens do Estado Absolutista*. São Paulo: Brasiliense, 3ª edição, 2ª reimpressão, 2004. pp. 86 a 89. Aqui, o autor discorre sobre o processo de concentração do poder na França. A partir do século XV, a dinastia Valois unifica, sob o mesmo soberano, todas as províncias francesas, através de unificação de ducados e submissão de determinados territórios diretamente ao poder do rei.

9 Cf. CORTIANO JÚNIOR. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas*. op. cit. p. 93

10 Acerca dessa concepção, vale a pena notar a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, especialmente nos seus art. 2º e 17.

Em verdade, em sua concepção contratualista da sociedade e do Estado, Locke chega a considerar o direito de propriedade como anterior a toda produção jurídica, na transição do Estado de Natureza para o Estado de Sociedade<sup>11</sup>.

O código Napoleônico, em seu art. 544, definiu como a única limitação à propriedade a sua destinação ilegal<sup>12</sup>. Assim, a limitação da propriedade dava-se estritamente através de normas positivadas, de menor grau de abstração.

Contudo, o surgimento do Estado Social trouxe significativas mudanças. Os quatro principais postulados do Estado Social eram: (i) a prevalência da igualdade material sobre a igualdade formal; (ii) reconhecimento recíproco da subjetividade social diante da subjetividade abstrata; (iii) princípio da solidariedade e intervenção estatal na economia<sup>13</sup>

Atualmente, não se pode conceber a ideia de propriedade sem a concepção de função social. Apenas sob a ótica da propriedade funcionalizada que o Estado deve tomar postura de defensor da propriedade.

Importa destacar que o conceito de função social da propriedade, nem sempre, coincide com sua exploração econômica. É que, entre os objetivos que caracterizam a própria função social da propriedade, encontramos a segurança jurídica do direito em comento. A função social da propriedade vai além da mera produção.

“A terra serve, funciona, tem vida, para dar vida, para reproduzir a vida, não de cada indivíduo isoladamente, mas de todos os seus habitantes, plantas, animais ou humanos. Portanto, sua função é manter a vida nas suas

---

11 Cf. BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal para o Estado Social*. São Paulo: Malheiros. 8ª edição, 2007, p. 168.

12 544. Le propriété est le droit de jouir et disposer de choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements (cf. FRANÇA. **Código Civil de 1804**. disponível em <<http://www.assemblee-nationale.fr/evenements/code-civil/cc1804-l2t01.pdf>> acessado em 12 de dezembro de 2012).

13 Cf. BARCELLONA, Pietro. *Diritto privato e società moderna*. Napoli: Jovene, 1996, p. 112-113 *apud* Cortiano, op. Cit. P. 137.

mais diversas formas e em suas mais estranhas e improváveis mudanças. Não importa o que diga o direito, não importa o que diga a lei escrita nas reuniões de representantes dos interesses diversos da sociedade humana. A terra tem a função de prover a vida. É até estranho dizer que a terra tem uma função, ela é a provedora da vida, não por função, por obrigação, mas porque é de sua natureza, da essência de seu ser”<sup>14</sup>.

É imperioso ressaltar a definição máxima de função social da propriedade (nesse caso, rural):

Sendo o fim último da vida humana a felicidade ou a, há de por força, a lei dizer respeito, em máximo grau, à ordem da beatitude. Demais a parte ordenando-se para o todo, como o imperfeito para o perfeito; e sendo cada homem parte da comunidade perfeita, necessária e propriamente, há de a lei dizer respeito à ordem para a felicidade comum<sup>15</sup>

Para Tomás de Aquino, o proprietário funcionava como procurador da coletividade. A propriedade, em verdade, seria de todos, mas o proprietário agiria em prol do bem comum, administrando um bem que lhe foi confiado.

A Constituição Federal de 1988 trouxe importantes mudanças no tocante à propriedade privada, sua função social passa a integrar à estrutura e ao conceito da própria inteligência de propriedade.

Contudo, a ideia de função social da propriedade, no Brasil, se afasta da concepção da doutrina de Emilio Betti, de inspiração fascista, bem como da construção socialista. A Constituição de 1988, por ter convergido diversas orientações ideológicas, em respeito ao pluralismo político, terminou por estabelecer um conceito próprio, típico, singular de Função Social da Propriedade.

Por muito tempo, a doutrina compreendeu a Função Social da Propriedade

---

14 MARÉS, C.F. *Função Social da Propriedade*. In: Cláudia Sonda; Sílvia Cristina Trauczynski. (Org.). *Reforma Agrária e Meio Ambiente*. 1ed. Curitiba: ITCG, 2010, v. 1, p. 197

15 Cf. AQUINO, Tomás de, São. *Suma Teológica*. I. II. v. 4. São Paulo: Loyola, 2005

como uma mera limitação secundária do exercício do direito de propriedade, nesse conceito consolidado a função social da propriedade é um conjunto normativo que visa, tão somente, a harmonização da propriedade privada com os fins sociais a que se destina, para que a propriedade possa ser uma unidade de produção econômica de acordo com o desenvolvimento econômico e reclames de justiça social<sup>16</sup>.

Não obstante, esse conceito torna a função social algo externo desse direito. Para melhor compreender-se o atual conceito de propriedade, sua função social deve ser parte integrante do mesmo, deve estar na estrutura. A função social deve ser parte integrante da propriedade, de tal maneira que não se possam ser separadas, sem que se modifique a sua natureza<sup>17</sup>.

Passando para o plano normativo infraconstitucional, tem-se que o Código Civil de 2002, ao fundir as compreensões de Domínio e Propriedade, termina por valorizar a Função Social, que não apenas legitima a defesa da exclusividade de fruição da coisa por parte do Estado (propriedade em sentido clássico), mas os próprios poderes de benefício da coisa por parte do dono (domínio)<sup>18</sup>.

A propriedade não mais interessa, exclusivamente, ao indivíduo, mas à sociedade como um todo. O princípio da função social da propriedade, atualmente, visa ao combate do abuso de direito da propriedade privada. Os bens só serão constitucionalmente protegidos se atenderem sua função social típica.

Nesse sentido, o bem imóvel urbano de propriedade privada<sup>19</sup>, em área de edificação compulsória, não pode ficar inutilizada, nem tampouco pode a propriedade rural se destinar a atividades nocivas ao meio ambiente, em desrespeito

---

16 DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. Verbete: *Função Social da Propriedade*. São Paulo: Saraiva. 3ª edição, 2008. pp. 655 e 656

17 TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A Propriedade e a Posse: Um Confronto em torno da Função Social*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2ª edição, 2ª tiragem, 2010. p. 236.

18 Classicamente, conceitua-se direito de propriedade como sendo a proteção jurídica dada à coisa, por parte do Estado em benefício de seu titular, protegendo-a dos demais membros da sociedade. Domínio são as faculdades do detentor da propriedade para usufruir, usar da coisa. Cf.

19 O conceito de bem imóvel será melhor tratado alhures

à legislação ambiental.

Os bens são meios para persecução da dignidade humana de cada indivíduo. Dessa maneira, o Estado deve agir de maneira proativa no amplo acesso à propriedade e no regular uso desse direito.

A doutrina civilista tradicional concebe propriedade como sendo o direito patrimonial sobre a coisa, *irradiado em razão de ter incidido regra de direito das coisas*<sup>20</sup>, compreendido neste conceito os poderes inerentes ao domínio, quais sejam: usar, gozar, fruir, destruir, dispor, gravar, ou dispor de maneira geral.

Por fim, o conceito hodierno de propriedades deve incluir, necessariamente a noção de função social da propriedade e dignidade da pessoa humana<sup>21</sup>. Pode-se concluir que propriedades são o direito subjetivo fundamental, consolidado pela convenção social, de usufruir e dispor de coisas, corpóreas ou imateriais, conforme sua função social, indispensável para garantia da liberdade individual, desenvolvimento social e dignidade da pessoa humana.

## 2.2. CONTEÚDO PATRIMONIAL MÍNIMO E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Como já exposto, a propriedade constitui um direito essencial para o penhor da dignidade da pessoa humana. Apesar de ter ganhado maior relevância nos últimos anos dentro do debate acadêmico e das cortes pátrias, a noção de direito patrimonial mínimo não é recente.

---

20 Cf. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo 11. Rio de Janeiro: Borsoi. 2ª edição, p. 8.

21 Acerca da propriedade e a dignidade da pessoa humana, remete-se a seção posterior deste trabalho.

Já no Código Civil Brasileiro de 1916, em seus arts. 70 e seguintes, tem-se a figura do bem de família convencional. Por meio de ato unilateral, o proprietário punha determinada parcela de seu patrimônio em situação jurídica excepcional, dando-lhe as características de indisponibilidade e da impenhorabilidade. O bem de família do Código Civil de 1916 era vitalício para os cônjuges, e perdurava até a maioridade dos filhos do casal<sup>22</sup>.

Essa proteção a um patrimônio mínimo do devedor expunha a necessidade de salvaguarda da dignidade de sua família, o ordenamento jurídico não pode coadunar com afronta aos seus direitos fundamentais.

O fundamento para que um ato volitivo afastasse parte de parcela específica do patrimônio<sup>23</sup> da penhorabilidade dos bens era a necessidade que parte mínima do patrimônio fosse destinada a assegurar a dignidade dos membros de sua família<sup>24</sup>.

Era clara relativização da proteção da propriedade, frente à proteção da dignidade da pessoa humana. A importância desse instituto deve ser entendida no contexto histórico na qual ela se encontrava, qual seja um ordenamento jurídico essencialmente patrimonialista e que valorizava a vinculação às cláusulas

---

22 Art. 70. É permitido aos chefes de família destinar um prédio para domicílio desta, com a cláusula de ficar isento de execução por dívidas, salvo as que provierem de impostos relativos ao mesmo prédio.

Parágrafo único. Essa isenção durará enquanto viverem os cônjuges e até que os filhos completem sua maioridade.

Art. 71. Para o exercício desse direito é necessário que os instituidores no ato da instituição não tenham dívidas, cujo pagamento possa por ele ser prejudicado.

Parágrafo único. A isenção se refere a dívidas posteriores ao ato, e não às anteriores, se verificar que a solução destas se tornou inexecutável em virtude de ato da instituição.

23 Sem sombra de dúvidas, trata-se de clara relativização da teoria do Patrimônio Universal. Por não ser cerne do presente trabalho, a teoria acerca do patrimônio (universal, subjetiva, objetiva) não será aprofundada. Contudo, é interessante destacar que sua flexibilização sempre esteve presente em nosso ordenamento jurídico, ganhando maior relevo no campo empresarial com a criação dos Empreendedores Individuais de Responsabilidade Limitada.

24 Cf. CORTIANO JÚNIOR, Erthouls. *Para Além das Coisas (breve ensaio sobre o direito, a pessoa e o patrimônio mínimo)*. In Carmem Lúcia Silveira Ramos; Gustavo Tepedino; Heloiza Helena Barboza; José Antonio Peres Gediel; Luiz Edson Fachin; Maria Celina Bodin de Moraes. (org.). *Diálogos sobre direito civil*. 1ed.rio de janeiro: renovar, 2002, v. 1, p. 161.

contratuais<sup>25</sup>.

Ao que se pese o conteúdo essencialmente patrimonialista do Código Civil de 1916, pode-se traçar a concepção de patrimônio existencial mínimo à ideia liberalista clássica de Patrimônio enquanto penhor da liberdade individual.

A convenção e proteção da inteligência da propriedade está intimamente ligada a própria liberdade<sup>26</sup>. Especialmente na segunda metade do século XX, passou-se a ter quase um consenso acerca da importância da propriedade para liberdade<sup>27</sup>. Não obstante, seria prejudicial atrelar a propriedade tão somente à liberdade.

No atual estágio de desenvolvimento do Direito, tem-se que a importância que a liberdade tinha no liberalismo clássico, poder-se-ia ser atribuída à Dignidade da Pessoa Humana. Portanto, enquanto o valor máximo do Direito naquele tempo era a *liberdade*, temos que a existência digna é a máxima do direito atual<sup>28</sup>.

De maneira bem semelhante, a propriedade torna-se essencial para persecução do bem da vida “*dignidade*”, enquanto garante de acesso a outros direitos fundamentais, como trabalho e moradia, estes correlatos direto daquele.

Assim, é essencial que se compreenda que a propriedade não é mero capital, mas instrumento de persecução dos interesses pessoais. Apesar de essencial para

---

25 É o chamado princípio do *pacta sunt servanda*. Em suma, as cláusulas de um contrato devem vincular às partes, que possuem a obrigação pelo fiel cumprimento do disposto no contrato. “Ao se constituir o direito contratual moderno, já não encontrou obstáculo o princípio do consensualismo. Os sistemas de direito positivo consignaram a preeminência da regra segundo a qual o contrato se forma pelo consenso das partes. Retomou uma velha parêmia, *pacta sunt servanda*, não apenas para dizer que os contratos devem ser cumpridos (princípio da força obrigatória), mas para generalizar que qualquer ajuste, como expressão do acordo de vontade das partes, tem igual força cogente. (cf. . PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Volume III. Rio de Janeiro: Forense. 2011, 24ª edição. p. 17).

26 Cf. PIPES, Richard. *Propriedade & Liberdade*. CHAVES, Luis Guilherme e FONSECA, Carlos Humberto Pimentel Duarte da (tradução). São Paulo: Record. 1999. 1ª edição. p. 15.

27 Cf. PIPES, Richard. *Propriedade & Liberdade*. op. cit. p. 88.

28 Importa destacar que Dignidade da Pessoa Humana é um conceito aberto, muitas vezes vago, mas será melhor estudado adiante.



a satisfação de um sem número de anseios humanos, à propriedade se sobrepõem outras aspirações, como a chamada “qualidade de vida”, que pode, ou não, estar diretamente relacionada ao incremento de renda de uma pessoa ou grupo de pessoas.

Não se deve excluir por completo o fator “*capital*” como indicativo da melhoria do desenvolvimento humano, mas tão somente o relativiza, frente a outros fatores que merecem destaque, como longevidade e as liberdades individuais<sup>29</sup>.

Recentemente, diversos julgados têm flexibilizado as limitações legais ao acesso à renda em nome do instituto do Patrimônio Mínimo. Notadamente, vale a pena expor o entendimento pelo acúmulo de pensões previdenciárias vedadas pelo texto legal.

A jurisprudência brasileira tem caminhado para o entendimento segundo qual, quando o valor de uma pensão isolada, bem como as circunstâncias de fato do caso concreto, inviabilizem um rendimento mínimo à pessoa, a regra de inacumulação deve ser flexibilizada, visando o acesso ao patrimônio mínimo para subsistência do indivíduo<sup>30</sup>.

Para compreender a concepção de Patrimônio Mínimo se faz necessário

---

29 Cf. SEN, Amartya. DESENVOLVIMENTO COMO LIBERDADE. São Paulo: Companhia de Bolso. 2012 P. 212.

30 BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ACRE. Apelação Civil nº. 0019138-97.2010.8.01.0001. Câmara Cível. Rio Branco, AC. Julgamento em 18 de setembro de 2011. EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE DE SEGURADO. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA, NOS TERMOS DO ART. 10, INC. III E § 1º DA LEI COMPLR ESTADUAL Nº 154/99. INAPLICABILIDADE DO ART. 22, § 3º DO DECRETO 3.048/99. RESTRIÇÃO PROVATÓRIA INADMITIDA. CUMULAÇÃO DE PENSÃO. POSSIBILIDADE. AFRONTA AO PATRIMÔNIO MÍNIMO EXISTENCIAL, A VIABILIZAR A CONCRETUDE DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA. APELO IMPROCEDENTE. 1. - Nos termos do art. 10, inc. III e § 1º da Lei Complementar Estadual nº 154/99, a mãe deve provar a dependência econômica para com o falecido filho para fazer jus à pensão por morte. 2. - No entanto, dita prova pode ser feita por qualquer meio em direito admitido, nos termos do art. 332 do CPC, sendo inaplicável ao caso em análise o art. 22, § 3º do Decreto 3.048/99. 3. - A necessidade de haver um patrimônio mínimo existencial apto a assegurar o princípio da dignidade humana materializa a possibilidade de cumulação de pensões por morte no caso de estas pensões, isoladamente, não possibilitares a fruição de uma vida digna.

aprofundar-se na própria ideia de dignidade da pessoa humana. A importância desse princípio para o atual Estado Constitucional de Direito se deve ao fato dele ter sido o paradigma de ruptura com os outros modelos de Estados<sup>31</sup>.

Os antigos modelos de Estado demonstram-se ineficazes quanto ao combate da desigualdade social, aumento da qualidade de vida dos cidadãos. Os modelos liberais, baseados na liberdade individual de seus íncolas, mostraram-se pouco eficientes no tocante à distribuição de renda e acesso a serviços públicos básicos.

Os modelos autoritários fortalecem a estrutura pública, possibilitando a prestação de serviços públicas, contudo, além de ferir a liberdade individual, a médio prazo costumam se demonstrar ineficazes em prestar políticas públicas positivas devido o distanciamento entre o Estado e deus nacionais.

A partir da II Grande Guerra, as tensões populares passou a exigir do Estado tanto a garantia de liberdades individuais, quanto o fornecimento de serviços essenciais, sobretudo àqueles cuja condição econômica não permitiria, por si só, a busca de determinados serviços essenciais à vida<sup>32</sup>.

A teoria geral de direitos fundamentais tem superado a própria ideia de gerações de direitos fundamentais, adotando, mais modernamente, a concepção de dimensões<sup>33</sup>.

---

31 Cf. GOMES, Sérgio Alves. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO. In **Doutrinas Essenciais: Direitos Humanos**. PIOVESAN, Flávia e GARCIA, Maria (organizadoras). São Paulo: Revista dos Tribunais. Volume III: Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais. 2011. p. 1129.

32 Importa frisar que o conceito d serviços essenciais à vida muda conforme o tempo e espaço. A princípio se tratava de serviços imprescindíveis à manutenção da vida de maneira geral, diante de determinados sinistros (doença, velhice, acidentes), num sistema de seguridade social. Com o passar do tempo, cada vez mais serviços foram sendo agregados (educação básica, educação profissionalizante), atualmente, serviços considerados supérfluos à população mais rica há vinte anos (acesso à rede mundial de computadores) são objetos de políticas públicas importantes.

33 Cumpre destacar opinião deste trabalho, mais aprofundada alhures: a ideia de dimensões dos direitos fundamentais deve ser superada. O que há são dimensões de um direito fundamental. Assim, a propriedade possui uma dimensão individual (proteção à sua propriedade), uma dimensão social (função social da posse) e uma dimensão difusa (função social da propriedade)

A Dignidade da Pessoa Humana se liga intrinsecamente à satisfação de direitos humanos fundamentais, cuja definição varia no tempo e no espaço. Entretanto a dignidade humana traz consigo um conceito de eternidade dentro dos direitos humanos. Tem relação com a própria *humanecência*<sup>34</sup> do indivíduo<sup>35</sup>. Bem verdade que as tentativas da doutrina em conceituar e delimitar o que seria dignidade da pessoa humana se mostraram infrutíferas.

Não obstante, certos signos da conceituação da dignidade da pessoa humana podem ser explicados. Se faz necessário partir, primeiramente do conceito de *vida humana*:

*[A vida humana] Distingue-se, além disso, pela atitude nova que o homem possui nos confrontos da vida: o homem coloca-se o problema da vida, aprecia a beleza da vida, tende a transcender os limites do espaço e do tempo em que a vida está confinada. Ele pode elaborar o seu próprio conceito de vida perfeita e é por essa vida que ele sente um fascínio ardente. O homem é dono da própria vida, pode em larga escala controlá-la, dirigi-la, aperfeiçoá-la, segundo o seu próprio livre-arbítrio.*

*A vida humana caracteriza-se, enfim, por uma riqueza e variedade estupendas. Os animais, mesmo os mais evoluídos, fazem sempre as mesmas coisas: comem, bebem, dormem, reproduzem-se, e o fazem sempre do mesmo modo, com extrema monotonia. Ao contrário, os homens tem uma vida variadíssima: dormem, mas são capazes de resistir ao sono por dias e dias, em caso de necessidade; bebem e comem, mas servindo-se de maior variedade de comidas e bebidas e segundo os mais diversos modos; divertem-se, combinando continuamente os próprios passa-tempos: estudando, pensando, rezando, etc.*

---

34 Esse termo fora cunhado pela pesquisadora Tereza Cristina Bernardo da Câmara, da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, em estudo antropológico, para definir o ponto comum a toda raça humana, que ao mesmo tempo nos diferencia das demais espécies animais. A tendência da doutrina jurídica é buscar na antropologia formas de tornar o conceito de dignidade da pessoa humana menos abstrato, e mais real.

35 ALCALÁ, Humberto Nogueira. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS *in Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Nº 57, julho a setembro de 2005. p. 17 e ss.

Com efeito, o signo essencial para compreender a dignidade da pessoa humana é a *vida humana*. Ao se distinguir a vida humana da simples vida animal, tem-se os componentes para se compreender a diferença entre a mera sobrevivência e a vida digna.

Nesse sentido, tanto a filosofia, quanto a antropologia tem elencado dez dimensões da vida humana essenciais para definição da pessoa humana:

A primeira dimensão do ser humano é denominada de *Homo Somaticus*. Trata da visão fisiológica do ser humano. Uma concepção minimalista da dignidade da pessoa humana, por vezes, tenta restringir-se a essa dimensão. Corolário da necessidade de proteção tem-se o direito à saúde, consubstanciado no art. XXV da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948<sup>36</sup>.

A segunda perspectiva trazida pela filosofia antropológica é o *Homo Vivens*, cuja ideia gravita em torno na compreensão da vida humana como algo diverso da vida animal. O homem é, por natureza, progressivo e inventivo. Há um desejo de progresso, de aumento, de melhora. É o anseio por desenvolvimento. Na declaração de independência dos Estados Unidos da América é o direito à busca da felicidade<sup>37</sup>.

O ser humano pode ser entendido sob o ponto de vista intelectual (*Homo Sapiens*). Dessa forma, subsiste uma amplitude intelectual, pela qual o homem, enquanto animal sensitivo e intelectual.

O desenvolvimento intelectual é primordialidade de qualquer pessoa natural.

---

36 Art. XXV. 1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. 2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio gozarão da mesma proteção social.

37 “We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness” cf. Estados Unidos da América (1776). DECLARATION OF INDEPENDENCE. Disponível em [http://www.archives.gov/exhibits/charters/declaration\\_transcript.html](http://www.archives.gov/exhibits/charters/declaration_transcript.html) acessado em 17 de abril de 2014.

A Carta Magna Brasileira de 1988 estabelece a educação como direito fundamental inerente a esta dimensão da humanidade, em seu art. 205, ampliando o conceito de educação como mero mecanismo de qualificação profissional, mas método de desenvolvimento intelectual<sup>38</sup>.

Sob a perspectiva do *Homo Volens*, a pessoa humana necessita sentir-se livre. A liberdade é um dos requisitos mais essenciais para a dignidade do homem. Não subsiste dignidade sem algum grau de liberdade.

Por essa razão, a privação de liberdade deve ser a última *ratio* do Estado frente àqueles que violam suas leis. Na Declaração de Direitos do Homem de 1789, durante a França Revolucionária, a liberdade foi reconhecida enquanto direito universal logo em seu art. 1º<sup>39</sup>:

*“Art. 1er. Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune”*<sup>40</sup>.

O *Homo Loquens* é apresentado como sendo o aspecto comunicativo e linguístico do Ser Humano. A língua, enquanto aspecto da cultura humana, está inserido em aspecto a ver visto alhures.

Aqui observamos a necessidade humana de expressar-se e receber informações. Se liga, umbilicalmente, com o aspecto cultural, mas neste ponto, trata-se do ser humano emitindo e recebendo informações. O direito de expressar-se livremente, opiniões (políticas ou não), de manifestar-se pacificamente estão contidos na proteção deste aspecto.

---

38 Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

39 <http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>

40 Tradução livre: Art.1.º Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.

O ser humano (*Homo Socialis*) possui, ainda, uma dimensão sociopolítica. Enquanto animal que se organiza em sociedades mais ou menos complexas. Assim, a organização política e a interação social faz parte da própria definição do que é o ser humano.

É inerente à pessoa humana se relacionar e tentar exercer certa influência na sociedade. O acesso às decisões políticas, ainda que em nível mais limitado, deve ser essencial à dignidade da pessoa humana. Para tanto, a Constituição Federal reconhece, enquanto princípio da República, o pluralismo político. Aristóteles asseverou:

*“é evidente que o Estado é uma criação da natureza e que o homem é, por natureza, um animal político. E aquele que por natureza, e não por mero acidente, não tem cidade, nem Estado, ou é muito mau ou muito bom, ou sub-humano ou super-humano”*<sup>41</sup>

O trabalho e a técnica não são meros meios de ocupação ou geração de renda, mas a profissão e o trabalho são meios de satisfação do ser humano (*Homo Faber*).

O trabalho pode influenciar o trabalhador é fortemente influenciado por seu trabalho, afetando sua saúde física, mental, satisfação autoestima<sup>42</sup>. Nesse sentido, a Carta Política de 1988 consignou o trabalho como direito fundamental sócia

*Homo Culturalis* é a percepção cultural do homem. A cultura é um complexo de tradições, aptidões, ética, moral, costumes que se agregam ao ser humano numa dada sociedade ou microssociedade.

---

41 ARISTÓTELES. Política. Trad. Therezinha Monteiro Deutsch e Baby Abrão. São Paulo: Ed. Nova Cultural, 2000. p. 146

42 Cf. MARTINEZ, Maria Carmen e PARAGUAY, Ana Beatriz Bruzzi Bezerra. SATISFAÇÃO E SAÚDE NO TRABALHO - ASPECTOS CONCEITUAIS E METODOLÓGICOS *in* *Cadernos de Psicologia Social do Trabalho*. USP: São Paulo. 2003. volume 6, dezembro de 2003. Versão eletrônica disponível em [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S1516-37172003000200005&script=sci\\_arttext](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S1516-37172003000200005&script=sci_arttext) acessado em 13 de julho de 2014.

A cultura é definida conforme o tempo, local e posição social e familiar que o indivíduo ocupa em sua vida. No ordenamento jurídico pátrio, a cultura é consubstanciada enquanto bem fundamental da vida no art. 215<sup>43</sup>, com definição normativa do que seria cultura em seu art. 216<sup>44</sup>. A nível internacional, a Resolução nº 2.200, da XXI Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, reconheceu como direito inerente ao indivíduo a participação na vida cultural<sup>45</sup>.

Já o *Homo Ludens* diz respeito ao lazer e divertimento como integrantes daquilo que o homem é. O lazer é importante à saúde mental, atividades lúdicas. Nesse sentido, a Suprema Corte brasileira decidiu pela imprescindibilidade do lazer como forma complementar de formação do ser humano<sup>4647</sup>.

---

43 Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

44 Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I – as formas de expressão;

II – os modos de criar, fazer e viver;

III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

45 Artigo 15

§1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem a cada indivíduo o direito de:

1. Participar da vida cultural;

46 “É certo que a ordem econômica na Constituição de 1988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus arts. 1º, 3º e 170. A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da ‘iniciativa do Estado’; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa. Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto (arts. 23, V, 205, 208, 215 e 217, § 3º, da Constituição). Na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. O direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer são meios de complementar a formação dos estudantes.” (ADI 1.950, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 3-11-2005, Plenário, DJ de 2-6-2006.) No mesmo sentido: ADI 3.512, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 15-2-2006, Plenário, DJ de 23-6-2006

47 Cf. BRASIL. *A Constituição e o Supremo Federal*. STF: Brasília, 2011, 4ª edição, p. 32.

A crença religiosa é componente basilar de qualquer ser humano (*Homo Religiosus*). A fé sempre esteve presente na sociedade humana. A espiritualidade precisa ser considerada enquanto dimensão do homem. No estágio evolutivo humano, o *homo habilis* já apresentava certos traços de culto religioso.

Na história do Direito, foi a liberdade religiosa que motivou as grandes transformações nas revoluções burguesas do século XVIII. Enquanto fator social, a prática religiosa não pode ser desconsiderada pelo direito, especialmente no tocante às liberdades fundamentais do Estado Constitucional de Direito<sup>48</sup>.

O reconhecimento da liberdade religiosa como direito fundamental se deu no art. 16º da Declaração de Direitos da Virgínia, em 1776, tendo previsão no art. 10º da Declaração Universal dos Direitos dos Homens, de 1789<sup>49</sup>.

A Revolução Americana, inspirada por ideias cristãs e liberais, prega a liberdade religiosa e a convivência pacífica de um Estado Neutro (lê-se, Laico),<sup>50</sup> mas não indiferente às manifestações religiosas, quando estas coincidem com o interesse público<sup>51</sup>.

---

48 Cf. ADRAÇÃO, Paulo Pulido. *Liberdade Religiosa e o Estado*. Lisboa: Almedina. 2002. p. 31.

49 Nesse sentido, é importante destacar o contexto histórico de perseguições religiosas mútuas na Inglaterra, na qual a ascensão de reis protestantes ou católicos conduzia à perseguição de adeptos do ramo diverso da religião. Interessante também notar que a própria redação do art. 16. Embora o texto normativo esteja inserido num contexto histórico marcado pelo liberalismo, que grande parte da doutrina aponta como existente apenas direitos fundamentais de primeira dimensão e notadamente direcionados ao Estado, o dever de respeito religioso era direcionado mais aos concidadãos que ao poder público (*"SEC. 16. That religion, or the duty which we owe to our Creator, and the manner of discharging it, can be directed only by reason and conviction, not by force or violence; and therefore all men are equally entitled to the free exercise of religion, according to the dictates of conscience; and that it is the mutual duty of all to practice Christian forbearance, love, and charity toward each other"* cf. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Declaração de Direitos da Virgínia. Virgínia*. 1776, disponível em <[http://www.constitution.org/bcp/virg\\_dor.htm](http://www.constitution.org/bcp/virg_dor.htm)> acessado em 13 de outubro de 2013.

50 Cf. ADRAÇÃO, Paulo Pulido, op. cit. p. 75.

51 Nesse sentido, tem-se o art. 19, I da Constituição Federal, que veda aos poderes públicos constituídos o estabelecimento de religião oficial, culto religioso e afins, ressalvado, obviamente, na forma da Lei, a cooperação mútua em caso de interesse público, como prestação de serviços assistenciais por igrejas, assistência religiosa a apenados ou restauração de patrimônio histórico de entidades religiosas. Por ocasião da ADPF nº 54, o Supremo Tribunal Federal entendeu que argumentos estritamente religiosos não poderiam ter o condão de conduzir os ditames jurídicos



A Dignidade da Pessoa Humana é portanto o atendimento mínimo aos aspectos do ser humano. O princípio da Dignidade da Pessoa Humana consiste na proteção jurídica às dimensões que compõem o homem.

Tais dimensões são conceitos antropológicos, que servem de parâmetro para compreensão dos bens da vida que são protegidos pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, a propriedade serve como mecanismo de proteção dos mais diversos aspectos do ser humano, desde os mais evidentes, quais sejam o *Homo Faber* ou *Homo Somaticus*, até mesmo aos aspectos menos materiais, como o *homo culturalis* e o *homo religiosus*. Conforme ensinamento de Aristóteles:

*“qualquer parte da propriedade pode ser considerada um instrumento destinado a tornar o homem capaz de viver; e sua propriedade é a reunião desse tipo de instrumentos, incluindo os escravos; e um escravo, sendo uma criatura viva, como qualquer outro servo, é uma ferramenta equivalente às outras. Ele é, em si, uma ferramenta para manejar ferramentas”*<sup>52</sup>.

Assim, a apropriação de bens é essencial para persecução da dignidade da pessoa humana. Na ótica do amparo dessa apropriação, tem-se a propriedade como direito revestido de maior proteção ao indivíduo. Evidentemente, uma vez observada a Função Social da Propriedade, haverá adequação entre os interesses particulares sobre os bens e os interesses sociais.

## 2.3. A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

---

do país. O Supremo Tribunal Federal também firmou o entendimento que a imunidade religiosa deve ter interpretação extensiva, sem ferir a laicidade do Estado.

52 ARISTOTELES, *Política*. op. cit. p. 148.

A doutrina mais moderna compreende direitos fundamentais como sendo aqueles de natureza constitucional, sejam por determinação formal do texto constitucional, sejam abstraídos da Constituição material, num processo hermenêutico de descoberta da norma constitucional, dotados de universalidade, eficácia, somente sendo relativizados, no plano jurídico, quando em aparente antinomia com outro direito fundamental<sup>53</sup>.

Parte da doutrina costuma vincular os direitos fundamentais com a dignidade humana. Com efeito, é possível que se estabeleça um liame íntimo entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana, entretanto não é possível que todo e qualquer direito fundamental seja corolário da dignidade da pessoa humana.

O direito fundamental, quando não expresso no texto normativo da Constituição, deverá ser extraído dela<sup>54</sup>, através dos valores constitucionais por ela trazidos<sup>55</sup>, num esforço de se interpretar de maneira sistêmica toda a ordem

---

53 Por obviedade, no plano fático há diversas possibilidades de restrições dos direitos fundamentais (cf. ALEXY, Robert. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros. 2011. pp. 301-303)

54 Cf. BONIFÁCIO, Artur Cortez *O Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Método. 2008. p. 63

55 Essa teoria foi utilizada pelo Supremo para o reconhecimento de famílias homoafetivas. Apesar de não estar expresso no texto constitucional, os valores de inclusão e aceitação, distribuídos em diversos dispositivos constitucionais, trazia a ideia de que a Constituição sempre tentava incluir, evitando toda e qualquer forma de segregação. Nesse sentido, o Supremo entendeu por direito fundamental à busca da felicidade, através da formação de uma família, independentemente da orientação sexual. Cf BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *AÇÃO Direta de Inconstitucionalidade nº 4277/DF*. Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 4-10-2011. Ementa: Ementa: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir "interpretação conforme à Constituição" ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa

---

ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a autoestima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.

3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na

constitucional<sup>56</sup>.

Tradicionalmente, os direitos fundamentais são classificados em três dimensões<sup>57</sup>.

---

Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata autoaplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

56 O conceito de ordem constitucional termina sendo mais amplo que a ideia de Constituição. Em verdade, conforme disposto no §3º do art. 5º da Constituição Federal, que possibilita a criação de norma constitucional, fora do texto da Constituição. Importante destacar o posicionamento do doutrinador Artur Cortez Bonifácio, segundo o qual haveria um plano constitucional internacional. Em verdade, esse sistema internacional de proteção aos direitos humanos, quando não possuem natureza constitucional pelo disposto no art. 5º, §3º da Constituição Federal, possuem caráter supralegal, proveniente do princípio da máxima eficácia dos direitos fundamentais. Nesse sentido, pronunciou-se o Supremo Tribunal Federal: “Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (Art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica (Art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do CC de 1916 e com o DL 911/1969, assim como em relação ao art. 652 do novo CC (Lei 10.406/2002).” (BRASIL. *Recurso Extraordinário nº 466.343*. Supremo Tribunal Federal. Pleno. Rel. Min. Cezar Peluso, voto do Min. Gilmar Mendes, julgamento em 3-12-2008, DJE de 5-6-2009).

57 É possível encontrar grande parte da doutrina que classifica em cinco dimensões, devido ao alto nível de desenvolvimento tecnológico que sofremos no início do século XX. Nesse sentido, tem-se o professor cearense, Paulo Bonavides, que defende que o direito relacionado à engenharia genética seria de 4ª geração (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. op. cit. pp. 571-572). Não obstante, neste trabalho, entende-se que é muito cedo para que tais direitos tenham a jaez de fundamentais. Por mais importantes que sejam para a sociedade os avanços tecnológicos nas últimas décadas, é preciso cautela ao se afirmar que já ganharam natureza constitucional, e mais cautela ainda ao afirmar que são dimensões autônomas, que não se

A primeira dimensão diz respeito aos direitos individuais e liberdades. São os direitos que reconhecem a autonomia e liberdade do cidadão, enquanto protagonista de sua própria história<sup>58</sup>. Na relação Estado povo, aqui se tem considerado o indivíduo em si, enquanto portador de direitos fundamentais independente de qualquer outra relação<sup>59</sup>. Estão também compreendidos os direitos civis, a igualdade abstrata perante a lei.

A segunda dimensão são os direitos coletivos. Aqui, enquanto coletividade definida, ou definível, os cidadãos exercem seus direitos. Estão compreendidos os direitos sociais, econômicos, direitos de associação, direitos partidários ou políticos<sup>60</sup>.

Por fim, subsiste os direitos difusos, ou solidários, pelos quais a coletividade não é possível ser definida. Temos, muitas vezes, uma proteção que supera a própria noção de geração humana, tendo reflexos em gerações futuras. O exemplo mais trazido pela doutrina é o direito ao meio ambiente equilibrado, que afeta não apenas às pessoas de determinado país, ou geração, mas tem repercussões que

---

encaixam nas três dimensões tradicionais. Sem sombra de dúvidas, é uma tendência o reconhecimento de tais direitos como fundamentais, contudo, é possível classificá-los como sendo direitos de terceira dimensão. Outra nota é o extenso debate acerca da nomenclatura *dimensão* ou *geração*. Embora tenha-se adotado neste trabalho a nomenclatura *dimensão*, por entender ser a mais correta, dispensa-se o longo e tortuoso debate, já que não é cerne deste trabalho. É bem possível, que no futuro, a doutrina pacifique o uso de ambas as nomenclaturas, uma designando o alcance e eficácia dos direitos fundamentais (*dimensão*), outra sua colocação no tempo (*geração*). O que nos parece mais frutífero, e impede que tentamos classificar o alcance de determinado direito fundamental apenas pela sua datação.

58 SILVA, José Afonso. *Direito Constitucional Positivo*. 25ª edição. São Paulo: Malheiros. 2005. pp. 182-184.

59 Esses foram os primeiros direitos reconhecidos como fundamentais. Desde a *Charta Magna* Inglesa, até a Constituição Estadunidense e seu *Bill of Rights*. Em verdade, nos Estados Unidos da América, até hoje, apenas esses direitos são reconhecidos como essencialmente fundamentais, enquanto que as outras dimensões de direitos são considerados como meros desdobramentos desses.

60 Majoritariamente, a doutrina separa os direitos políticos em outra categoria. Entretanto, como não é possível o exercício da maioria dos direitos políticos de forma individual, por haver uma consonância no exercício desses direitos, por não ser objetivo desse trabalho um aprofundamento no tema, juntou-se numa só dimensão.

superam fronteiras ou mesmo aquele determinado momento histórico<sup>61</sup>.

Jelinek criou a Teoria dos *Status dos Direitos Fundamentais*, classificando-os conforme a atuação do Particular em relação ao Estado. Assim, os direitos fundamentais seriam classificados como negativos, positivos ou ativos<sup>62</sup>.

Os direitos de *status* negativos são as abstenções que o Estado deve fazer em relação ao particular<sup>63</sup>. Assim, as liberdades e garantias individuais importam

---

61 A Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), em seu art. 81, parágrafo único, inciso I, conceitua o que seriam os interesses difusos: “I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”;

62 Cf. DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 4ª Edição. São Paulo: Atlas. 2012, p. 52

63 Atualmente, encontra-se bem avançada a teoria da aplicação horizontal de direitos fundamentais. Por essa teoria, os direitos fundamentais de *status* negativo seriam oponíveis tanto ao Estado, quanto aos demais agentes da sociedade (particulares, agentes econômicos, pessoas coletivas, entes despersonalizados). Essa teoria surgiu na Alemanha, em 1958, no famoso caso Luth (Cf. DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. op. cit. pp. 272 e seguintes), nesse caso o crítico de cinema Erick Lüth organizou um boicote a um filme de famoso cineasta simpático ao nazismo, a distribuidora do filme ingressou com ação judicial tentando inviabilizar o boicote. A Corte Constitucional Alemã entendeu que a liberdade de expressão pode ser oposta particulares. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o direito de defesa deve ser obedecido por associação privada: (Cf. BRASIL: Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 201.819/RJ*. Relator Ministro Gilmar Mendes, 2ª Turma. DJ de 27.10.2006, Ementa: “SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais”.

num dever de abstenção do poder público frente ao particular, que pode invocá-los para evitar eventuais abusos. Essa eficácia dos direitos fundamentais encontram-se na própria gênese dos direitos fundamentais, com as revoluções burguesas do século XVIII.

A segunda categoria trazida por Jelinek, são os direitos fundamentais prestacionais, ou de *status* positivo. Nele, o particular tem o direito de exigir do Estado uma prestação para assegurar algum bem da vida<sup>64</sup>. Geralmente essa prestação se dá por meio de políticas públicas de serviços, como saúde<sup>65</sup>, educação.

Na teoria trinar de Jelinek, por fim, tem-se os direitos fundamentais ativos, que são aqueles que se relacionam com a influência do particular na formação da vontade do Estado. Esses direitos fundamentais, também denominados de políticos, prestam-se a garantir que o Estado continue a exercer sua função de *serviço ao povo*<sup>66</sup>.

Os direitos fundamentais são caracterizados pela historicidade, inalienabilidade, universalidade, imprescritibilidade e concorrência<sup>67</sup>.

Todos os direitos fundamentais são oriundos de uma extensa construção histórico-cultural de uma determinada população, num dado espaço territorial e temporal. Assim, não surgem num determinado momento, mas resultam de uma evolução dos ordenamentos jurídicos<sup>68</sup>. Esse processo qualifica determinados

---

64 Cf. DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. op. cit. p. 51

65 Mais a frente, quando será tratada a responsabilidade pelo pagamento da indenização, tratar-se-á sobre *hard case* do Supremo tribunal federal essencial para compreensão da atual teoria dos direitos fundamentais positivos. Ademais, é imperioso destacar que o Estado não pode, leviana, se furtar em realizar tais prestações, sem ofender de morte o regramento constitucional.

66 Cf. DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. op. cit. p. 54

67 Em verdade, subsistem outras características, como o absolutismo, a irrenunciabilidade, entretanto, essas características são suficientes para a proposta do trabalho.

68 Cf. AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª edição, Rio de Janeiro: Forense. 2014.

direitos, considerados mais importantes pela sociedade, como sendo fundamentais.

A inalienabilidade consiste na impossibilidade do titular em dispor, livremente, dos próprios direitos fundamentais, seja por qual razão for. Além do titular, os governos ou os demais agentes sociais não podem alienar os direitos fundamentais, sob qualquer argumento<sup>69</sup>. Essa característica já se encontrava presente na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.<sup>70</sup>

A doutrina costuma trazer dois sentidos à característica da Universalidade dos direitos fundamentais. A primeira, diz respeito à não restrição de pessoas, todo direito fundamental é extensível a toda a coletividade<sup>71</sup>. O outro sentido é territorial,

---

69 Cf. BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª edição. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 533.

70 Preâmbulo: Os representantes do povo francês, reunidos em Assembleia Nacional, tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos Governos, resolveram declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que esta declaração, sempre presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre permanentemente seus direitos e seus deveres; a fim de que os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, podendo ser a qualquer momento comparados com a finalidade de toda a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral (cf. FRANÇA: Assembleia Nacional Constituinte. *Declaração Universal do Homem e do Cidadão*. op. cit)

71 MENDES, Gilmar Ferreira, *Curso de Direito Constitucional*. Op cit. p. 274. Importante, contudo, frisar que a universalidade não importa que todo e qualquer pessoa será titular de todo o rol de direitos fundamentais, mas que há uma maior extensão. É o caso dos direitos fundamentais dos trabalhadores que, obviamente, só se estende aos trabalhadores, contudo, se estende à universalidade de trabalhadores. Acerca da universalidade, é interesse trazer à tona o entendimento do Supremo acerca do disposto no art. 5º, *caput* da Constituição Federal (“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”). Pelo texto normativo, poder-se-ia interpretar, equivocadamente, que os estrangeiros de passagem pelo território nacional, não teriam seus direitos fundamentais respeitados. Esse entendimento fora duramente rechaçado pelo Supremo (cf. BRASIL: Supremo Tribunal Federal. *Questão de Ordem no Habeas Corpus nº 72.391/DF*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Celso DE Mello, Data de Julgamento: 08/03/1995, EMENTA: HABEAS CORPUS - IMPETRAÇÃO REDIGIDA EM LINGUA ESPANHOLA - EXTRADIÇÃO - FORMULAÇÃO DE PEDIDO DE CLEMENCIA AO PRESIDENTE DA REPUBLICA - AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE ATO CONFIGURADOR DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER - HC NÃO CONHECIDO . - E INQUESTIONAVEL O DIREITO DE SUDITOS ESTRANGEIROS AJUIZAREM, EM CAUSA PROPRIA, A AÇÃO DE HABEAS CORPUS, EIS QUE ESSE REMEDIO CONSTITUCIONAL - POR QUALIFICAR-SE COMO VERDADEIRA AÇÃO POPULAR - PODE SER UTILIZADO POR QUALQUER PESSOA, INDEPENDENTEMENTE DA CONDIÇÃO JURÍDICA RESULTANTE DE SUA ORIGEM NACIONAL . - A PETIÇÃO COM QUE



os direitos fundamentais não podem ser limitados pelo território dos países<sup>72</sup>.

A concorrência importa que os direitos fundamentais podem ser exercidos simultaneamente. Não existe uma verdadeira antinomia de direitos fundamentais, mas tão somente uma antinomia aparente, cuja solução hermenêutica não deve trazer o sacrifício total de nenhum direito fundamental<sup>73</sup>.

Os direitos fundamentais integram parte da própria Constituição. Mais que constitucionalmente previstos, os direitos fundamentais, juntamente à organização estatal e os princípios fundamentais, compõem a normativa Constitucional.

Apesar de seus múltiplos significados, a Constituição também é um conjunto normativo que direciona, de maneira superior, a atividade estatal e social. São normas de natureza diretiva, que estabelecem parâmetros de atuação da sociedade, do Estado e do indivíduo, dentro do convívio social.

Nesse diapasão, os direitos fundamentais, mais que meras expectativas dos

---

IMPETRADO O HABEAS CORPUS DEVE SER REDIGIDA EM PORTUGUES, SOB PENA DE NÃO-CONHECIMENTO DO WRIT CONSTITUCIONAL (CPC, ART. 156, C/C CPP, ART. 3.), EIS QUE O CONTEUDO DESSA PEÇA PROCESSUAL DEVE SER ACESSIVEL A TODOS, SENDO IRRELEVANTE, PARA ESSE EFEITO, QUE O JUIZ DA CAUSA CONHECA, EVENTUALMENTE, O IDIOMA ESTRANGEIRO UTILIZADO PELO IMPETRANTE. A IMPRESCINDIBILIDADE DO USO DO IDIOMA NACIONAL NOS ATOS PROCESSUAIS, ALÉM DE CORRESPONDER A UMA EXIGÊNCIA QUE DECORRE DE RAZOES VINCULADAS A PROPRIA SOBERANIA NACIONAL, CONSTITUI PROJEÇÃO CONCRETIZADORA DA NORMA INSCRITA NO ART. 13, CAPUT, DA CARTA FEDERAL, QUE PROCLAMA SER A LINGUA PORTUGUESA "O IDIOMA OFICIAL DA REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL" . - NÃO HÁ COMO ADMITIR O PROCESSAMENTO DA AÇÃO DE HABEAS CORPUS SE O IMPETRANTE DEIXA DE ATRIBUIR A AUTORIDADE APONTADA COMO COATORA A PRATICA DE ATO CONCRETO QUE EVIDENCIE A OCORRENCIA DE UM ESPECIFICO COMPORTAMENTO ABUSIVO OU REVESTIDO DE ILEGALIDADE . - O EXERCÍCIO DA CLEMENCIA SOBERANA DO ESTADO NÃO SE ESTENDE, EM NOSSO DIREITO POSITIVO, AOS PROCESSOS DE EXTRADIÇÃO, EIS QUE O OBJETO DA INDULGENTIA PRINCIPIIS REESTRINGE-SE, EXCLUSIVAMENTE, AO PLANO DOS ILICITOS PENAIIS SUJEITOS A COMPETÊNCIA JURISDICCIONAL DO ESTADO BRASILEIRO. O PRESIDENTE DA REPUBLICA - QUE CONSTITUI , NAS SITUAÇÕES REFERIDAS NO ART. 89 DO ESTATUTO DO ESTRANGEIRO, O ÚNICO ARBITRO DA CONVENIENCIA E OPORTUNIDADE DA ENTREGA DO EXTRADITANDO AO ESTADO REQUERENTE - NÃO PODE SER CONSTRANGIDO A ABSTER-SE DO EXERCÍCIO DESSA PRERROGATIVA INSTITUCIONAL QUE SE ACHA SUJEITA AO DOMÍNIO ESPECIFICO DE SUAS FUNÇÕES COMO CHEFE DE ESTADO).

72 Cf. AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. op. cit.

73 É a chamada aparente antinomia de direitos fundamentais.

seus titulares, deve ser compreendido como sendo diretrizes, sejam diretrizes negativas, positivas ou ativas, para a atuação geral.

Em verdade, o Estado Constitucional de Direito funda-se, essencialmente, no garantismo dos princípios, deveres e direitos fundamentais, numa relação legitimada pelo povo, com diretrizes de respeito às minorias e prevalência da soberania popular<sup>74</sup>.

Os direitos fundamentais passam, portanto, à condição de legitimadores do próprio Estado. O Estado torna-se lícito enquanto procede para a garantia e ampliação dos direitos fundamentais.

A atuação do Estado não pode, portanto, ser meramente conformista. É necessário que o Estado, a longo ou médio prazo, atue para que os direitos fundamentais possam ser concretizados. Tal concretização se dá pela estruturação normativa, criação de políticas públicas ou atuação jurisdicional:

*“Os objetivos prescritos constitucionalmente gozam de preferência frente a objetivos meramente políticos; em consequência, são fatores de observância obrigatória nos necessários processos de ponderação e otimização para as decisões do legislador ante conflitos entre objetivos – por exemplo, entre a proteção do meio ambiente, por uma parte, e a criação e manutenção de postos de trabalho, por outra. A mesma coisa se pode dizer das decisões da Administração e da magistratura. Para a Administração há um mandato operativo; no âmbito de ambas as funções, as normas definidoras de tarefas do Estado são decisivas para a interpretação do Direito, especialmente para a interpretação de conceitos indeterminados e discricionários, bem como para ponderar demandas em conflito. Finalmente, as normas definidoras de tarefas do Estado importam uma ampliação de funções para o Tribunal Constitucional, pois, na medida em que impliquem uma vinculação normativa, submetem seu cumprimento aos controles do Tribunal Constitucional, que terá, sobretudo, de levá-las em conta nos*

---

74 Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição. Coimbra: Almedina. 2011, pp. 95-98.

*processos de controle concreto e abstrato de normas (arts. 100.1 e 93.1 GG)”<sup>75</sup>.*

Enquanto os direitos fundamentais fazem parte da própria norma constitucional, além de direitos subjetivos, elas compõem as normas fundamentais direcionadoras da atuação estatal, sendo essencial que o Estado se preocupe em promovê-los.

*“O fato de os direitos fundamentais estarem previstos na Constituição torna-os parâmetros de organização e de limitação dos poderes constituídos. A constitucionalização dos direitos fundamentais impede que sejam considerados meras autolimitações dos poderes constituídos—dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário—, passíveis de serem alteradas ou suprimidas ao talante destes. Nenhum desses Poderes se confunde com o poder que consagra o direito fundamental, que lhes é superior. Os atos dos poderes constituídos devem conformidade aos direitos fundamentais e se expõem à invalidade se os desprezarem.”<sup>76</sup>*

Assim, na atividade legiferante, o sistema de direitos fundamentais tanto impedem a edição normativa que expressamente chocam com esse sistema, como determina a atuação do legislativo no sentido de criação de direito objetivo que dê maior efetividade aos direitos fundamentais.

De maneira semelhante, o judiciário, ao formular as normas em concreto (decisões judiciais) devem observar o sistema de direitos fundamentais, de maneira semelhante, no decorrer do processo, deve se observar, especialmente pelo fato que a duração razoável do processo ser direito fundamental (art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal).

Por fim, e mais ululante, há a vinculação da Administração Pública.

---

<sup>75</sup> Cf. HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2009. seção V (versão digital).

<sup>76</sup> (cf. MENDES, Gilmar. *Curso de Direito Constitucional*. op. cit. p. 279).

Interpretação das leis e atos normativos devem sempre observar os direitos fundamentais, noutra esteira, as políticas públicas devem priorizá-los, na ausência de recursos, as políticas que efetivam os direitos fundamentais têm a primazia, por fim, a política macro do governo deve viabilizar a ampliação dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, portanto, é dever do Poder Público, em todas as suas esferas, tanto a proteção dos direitos fundamentais por meio da abstenção de ações abusivas, promoção do acesso aos direitos fundamentais por meio de políticas públicas prestacionais, quanto ao combate ao desrespeito de direitos fundamentais dos cidadãos por parte dos vários agentes sociais ou econômicos.

A defesa e promoção de direitos fundamentais se caracteriza, essencialmente, como o interesse público do Estado. Todos os agentes públicos, independente de sua hierarquia, enquanto órgãos da Administração Pública, devem observância estrita aos direitos fundamentais.

## 2.4. DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA E AO TRABALHO

Ambos direitos (moradia e trabalho) são consubstanciados no art. 6º, *caput* da Constituição Federal de 1988, artigo inicial da seção “*Dos Direitos Sociais*”. Importante ressaltar que a ordem constitucional anterior não tinha uma seção específica dos direitos sociais, estando eles dispersos em todo o corpo normativo da Constituição anterior.

O fato do constituinte de 1988 romper com a tradição constitucional até então vigente, dedicando uma seção aos direitos sociais, juntamente com sua posição topológica na Carta Política, indica a importância dada a tais direitos fundamentais

ganhou na nova ordem constitucional.

A questão da moradia e do acesso ao trabalho digno no Brasil constituem antigos problemas. O deficit habitacional brasileiro é tema preocupante, inclusive para órgãos internacionais de proteção aos direitos humanos. Segundo o PNUD, em 2012, o Brasil tem 36,6% das moradias consideradas como inadequadas, contra 19,2% dos 20% mais ricos dos países e 62,4% dos 20% dos países mais pobres<sup>77</sup>.

Já o deficit habitacional urbano, calculado conforme dados estatísticos do último censo do IBGE de 2010, é de 5,9 milhões de unidades habitacionais, segundo índice estabelecido pela Fundação João Pinheiro, enquanto que o deficit habitacional rural é em torno de um milhão de unidades habitacionais.

O problema tem se intensificado o a partir da década de 1950, com o aumento substancial do êxodo rural. A migração campo-cidade, de maneira desordenada, trouxe graves consequências para o planejamento urbano<sup>78</sup>.

Nos últimos anos, especialmente na realidade do Rio Grande do Norte, vê-se uma mudança do arquétipo do migrante. Deixa de ser um imigrante oriundo do campo e passa a ser um imigrante proveniente de pequenas cidades.

Alguns estudos apontam, inclusive, uma mudança no homem do campo. Cada vez menos ele é residente de áreas rurais, mas é domiciliado em pequenas zonas urbanas próximas ao campo, deslocando-se diariamente para o trabalho.

Essas duas realidades (inchaço dos grandes centros urbanos e populações que vivem de atividades rurais, mas residem em pequenos centros urbanos)

---

77 Cf. ONU. *Objetivos de Desenvolvimento do Milênio: Relatório Nacional de Acompanhamento*. Brasília: IPEA/PNUD. Maio de 2014. p. 120.

78 Cf. VALLE, Tatiane Freitas. *Vulnerabilidade e uso do solo urbano em assentamentos informais em áreas de encosta. Estudo de caso: comunidade sete cruzeiros no município de São Gonçalo – RJ*. Rio de Janeiro: UERJ. FREITAS, Marcos Aurélio Vasconcelos e LEITÃO, Gerônimo Emílio Almeida. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Planejamento Energético, COPPE, da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Mestre em Planejamento Energético. 2009. p. 12.

destacam a necessidade de se repensar o direito essencial à moradia e ao trabalho.

Corolário ao direito à moradia, tem-se a inviolabilidade do domicílio. O texto constitucional garante a impossibilidade do Estado em adentrar na residência dos cidadãos, se não com ordem judicial por escrito, em caso de flagrante delito ou emergência.

Ainda assim, essas três exceções possuem sérias restrições. O Supremo Tribunal firmou o entendimento que a ordem judicial por escrito não pode se traduzir em um *salvo conduto* para a força policial adentrar na residência alheia livremente, mas deve se revestir de razoabilidade e proporcionalidade, causando o menor prejuízo possível à liberdade individual<sup>79</sup>.

A própria inviolabilidade do domicílio não se restringe ao domicílio residencial, mas se estende ao profissional, o protegendo de possíveis desmandos do poder público. Nos termos do Código Civil Brasileiro, o qual classifica o domicílio como sendo tanto o residencial quanto o profissional, é de clareza solar que não seria possível defender à inviolabilidade da moradia sem alcançar ao local de trabalho, verdadeira extensão da personalidade do homem<sup>80</sup>.

Sob as dimensões coletiva e difusa do direito à moradia, o Supremo Tribunal Federal do Brasil ainda julgou pela impossibilidade, diante do argumento da reserva do possível, de se excluir os programas habitacionais da vida política por completo.

---

79 “De que vale declarar a Constituição que ‘a casa é asilo inviolável do indivíduo’ (art. 5º, XI) se moradias são invadidas por policiais munidos de mandados que consubstanciem verdadeiras cartas brancas, mandados com poderes de a tudo devassar, só porque o habitante é suspeito de um crime? Mandados expedidos sem justa causa, isto é, sem especificar o que se deve buscar e sem que a decisão que determina sua expedição seja precedida de perquirição quanto à possibilidade de adoção de meio menos gravoso para chegar-se ao mesmo fim. A polícia é autorizada, largamente, a apreender tudo quanto possa vir a consubstanciar prova de qualquer crime, objeto ou não da investigação. Eis aí o que se pode chamar de autêntica ‘devassa’. Esses mandados ordinariamente autorizam a apreensão de computadores, nos quais fica indelevelmente gravado tudo quanto respeite à intimidade das pessoas e possa vir a ser, quando e se oportuno, no futuro, usado contra quem se pretenda atingir.” (HC 95.009, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 6-11-2008, Plenário, DJE de 19-12-2008.)

80 FERNANDES, Rosa Maria. *A Inviolabilidade Do Domicílio*. Porto: Universidade Católica de Portugal. Dissertação de Mestrado, defendida em 2004. 64 págnas. p. 33.

São direitos fundamentais que, além de exigirem uma postura negativa do Estado, necessitam de políticas públicas positivas, prestacionais, para sua completude<sup>81</sup>.

A moradia também deve ser compreendida sob uma perspectiva difusa, qual seja: não é apenas um direito à proteção de sua residência; nem consiste apenas num direito coletivo às políticas públicas de acesso à habitação às populações em estado de vulnerabilidade social, mas também possui um caráter difuso, qual seja a moradia deve estar inserida num contexto urbanístico e ambiental saudável, adequado, para satisfação do homem.

Com os preparativos para a terceira conferência das nações unidas para assentamento humano<sup>82</sup> (Habitat III), para o ano de 2016, ganha relevo o debate sobre um desenvolvimento urbanístico sustentável. Conforme o Habitat II Istanbul (1996), tem-se que:

*"We recognize the imperative need to improve the quality of human settlements, which profoundly affects the daily lives and well-being of our peoples. There is a sense of great opportunity and hope that a new world can be built, in which economic development, social development and environmental protection as interdependent and mutually reinforcing components of sustainable development can be realized through solidarity and cooperation within and between countries and through effective partnerships at all levels. International cooperation and universal solidarity,*

---

81 "A cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição – encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. (...) A noção de 'mínimo existencial', que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV)." (ARE 639.337-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-8-2011, Segunda Turma, DJE de 15-9-2011.)

82 Apesar do termo "assentamento humano", a conferência trata de temas muito mais amplos, como urbanismo, direito a moradia sustentabilidade da habitação humana.

*guided by the purposes and principles of the Charter of the United Nations, and in a spirit of partnership, are crucial to improving the quality of life of the peoples of the world”<sup>8384</sup>.*

Mais do que a simples disponibilização de unidades habitacionais, o direito à moradia adequada, nos contornos da Agenda Habitat, englobam a adequação dos espaços geográficos nos quais o homem se encontra inserido<sup>85</sup>, especialmente os grandes centros urbanos<sup>86</sup>.

*“All people have rights and must also accept their responsibility to respect and protect the rights of others - including future generations - and to contribute actively to the common good. Sustainable human settlements are those that, inter alia, generate a sense of citizenship and identity, cooperation and dialogue for the common good, and a spirit of voluntarism and civic engagement, where all people are encouraged and have an equal opportunity to participate in decision-making and development. Governments at all appropriate levels, including local authorities, have a responsibility to ensure access to education and to protect their population's health, safety and general welfare. This requires, as appropriate, establishing policies, laws and regulations for both public and private activities, encouraging responsible private activities in all fields, facilitating community groups' participation, adopting transparent procedures, encouraging public-spirited leadership and public-private partnerships, and helping people to understand and exercise*

---

83 Cf. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. HABITAT. *The Habitat Agenda: Capítulo I*. Istambul: 1996. disponível em <http://ww2.unhabitat.org/declarations/ch-1a.htm>

84 Preferiu-se a transcrição do texto original, apesar da tradução não importar em grandes perdas, segue a seguir tradução livre: “1. Reconhecemos a necessidade imperiosa de melhorar a qualidade dos assentamentos humanos, o que afeta profundamente a vida diária e bem-estar de nossos povos. Há um senso de grande oportunidade e esperamos que um mundo novo possa ser construído, no qual o desenvolvimento econômico, desenvolvimento social e proteção ambiental como componentes interdependentes e se reforçam mutuamente do desenvolvimento sustentável pode ser realizado através da solidariedade e cooperação dentro e entre países e através eficaz parcerias em todos os níveis. A cooperação internacional a solidariedade universal, guiados pelos propósitos e princípios da Carta das Nações Unidas, e em um espírito de parceria, são cruciais para melhorar a qualidade de vida dos povos do mundo.”

85 Cf. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. HABITAT. op. cit. Capítulo II, §30.

86 BRUNO FILHO, Fernando Guilherme. EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: DIREITO À HABITAÇÃO. In *Doutrinas Essenciais: Direitos Humanos*. PIOVESAN, Flávia e GARCIA, Maria (organizadoras). São Paulo; Revista dos Tribunais. 2011, Volume III, p. 473.



*their rights and responsibilities through open and effective participatory processes, universal education and information dissemination*<sup>8788</sup>

É de bom alvitre destacar a tendência equivocada de parte da doutrina em estabelecer um liame entre todo e qualquer direito fundamental com a dignidade da pessoa humana, ainda assim, a conexão entre a dignidade humana e a moradia é indissociável.

Com efeito, a dignidade não pode subsistir sem algumas condições mínimas, como saúde e individualidade as quais não podem ser devidamente asseguradas, se não com o acesso às moradias dignas<sup>8990</sup>

Moradia não deve ser compreendida, portanto, como um local de simples repouso ou descanso, ou um sítio de concentração de posses pessoais. Mais que isso, a moradia deve ser um local do desenvolvimento pessoal e fortalecimento dos vínculos familiares e sociais.

---

87 Cf. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. HABITAT. op. cit. Capítulo II, §32.

88 Em tradução livre “Reconhecemos a necessidade imperiosa de melhorar a qualidade dos assentamentos humanos, o que afeta profundamente a vida diária e bem-estar de nossos povos. Há um senso de grande oportunidade e espero que um mundo novo pode ser construído, em que o desenvolvimento econômico, desenvolvimento social e proteção ambiental como componentes interdependentes e se reforçam mutuamente do desenvolvimento sustentável pode ser realizado através da solidariedade e cooperação dentro e entre países e através eficaz parcerias em todos os níveis. A cooperação internacional a solidariedade universal, guiados pelos propósitos e princípios da Carta das Nações Unidas, e em um espírito de parceria, são cruciais para melhorar a qualidade de vida dos povos do mundo”.

89 Vale a pena tecer um breve comentário: os direitos fundamentais se entrelaçam entre si, sendo impossível que a ofensa a qualquer um deles não atinja uma gama de outros direitos. Em verdade, ainda que sob perspectivas coletivas ou difusas, os direitos fundamentais tratam do indivíduo em sua completude, e o homem não é ferido apenas sob um pequeno aspecto, uma vez atingido seu patrimônio jurídico fundamental, atinge-se o próprio homem.

90 No presente trabalho, compreende como substrato mínimo da dignidade humana a saúde, a individualidade e o desenvolvimento. Saúde aqui compreende não apenas a saúde física do ser humano, mas também a saúde psíquica, social e ambiental mínimas, de forma semelhante, desenvolvimento deve ser compreendido pelo viés econômico, social, cultural e educacional. A moradia, por sua vez, é imprescindível para a individualidade humana. Mesmo em seu conceito q mais básico. Moradia é um local de recolhimento, um espaço de expressão de individualidade do homem e de seu núcleo familiar. Facilmente se pode alargar o conceito de dignidade, porém se perderia o propósito de ter um conceito de dignidade, já que, inevitavelmente, se confundiria com o conceito de direito fundamental.

A Constituição Brasileira de 1988 estabelece o Direito à moradia como Direito fundamental expresso em seu art. 6º, *caput*. sendo considerado como cláusula pétrea implícita, por se tratar de direito fundamental inerente ao indivíduo.

Por outro turno, ao determinar que o salário-mínimo, nacionalmente unificado, atenda às necessidades de moradia do trabalhador e de sua família, a Carta Magna consubstancia a importância da moradia como penhor da dignidade do trabalhador.

Outrossim, o direito à moradia, conjuntamente com o direito a um meio ambiente equilibrado e saudável, obriga à administração pública a proceder à urbanização de espaços coletivos. Mais que um direito que protege o espaço particular, a moradia deve ser estendida aos equipamentos públicos no entorno.

Embora o direito fundamental à moradia só viesse a estar expressamente previsto no texto constitucional com a Emenda Constitucional nº 26/2001, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do controle difuso de constitucionalidade, se alinhava à balizada doutrina que considerava a moradia como direito fundamental corolário da dignidade da pessoa humana<sup>91</sup>

No direito infraconstitucional, observa-se uma séria preocupação em efetivar o direito à moradia, especialmente com o Estatuto das Cidades (Lei 10.257, de 10 de julho de 2001), o sistema de financiamento da habitação (Lei nº 8.004, de 14 de março de 1990) e o programa Minha Casa, Minha Vida (Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009).

No estatuto das Cidades, enquanto diploma normativo de técnica mais moderna, a preocupação com o direito à moradia é visto de maneira mais coletiva<sup>92</sup>,

---

91 Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia e Efetividade do Direito à Moradia na sua Dimensão Negativa (Defensiva): Análise Crítica à Luz d alguns exemplos.** In DIREITOS SOCIAIS: fundamentais, jurisdicalização e Direitos Sociais em Espécie. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (coordenadores). Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010, 1ª edição, 2ª Tiragem. p. 1021

92 RODRIGUES, Arlete Moysés. **Estatuto da Cidade: função social da cidade e da propriedade. Alguns aspectos sobre população urbana e espaço** in CADERNO METRÓPOLE. São Paulo:

preocupando-se não apenas com o acesso à habitação, mas como as moradias interagem no espaço urbano, escapando de grande parte de nossa legislação, cuja maior preocupação tem sido o financiamento para aquisição de unidades habitacionais.

Assim, não basta o acesso à unidade habitacional, mas também aos mais diversos equipamentos públicos essenciais e necessários à qualidade de vida.

A Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU (1948) já consignava em seu artigo XXV o direito à moradia como inerente ao Ser Humano<sup>93</sup>. Dessa forma, o ordenamento jurídico brasileiro, através do Direito Internacional Convencional já reconhecia o direito fundamental à moradia, antes mesmo do atual ordenamento constitucional<sup>94</sup>.

No Direito comparado, há destaque à nova Convenção de Direitos Fundamentais da União Europeia. Nesse sentido, é importante destacar que o documento europeu incluiu a habitação como política de seguridade social<sup>95</sup>, assegurando universalidade no acesso à aquisição de habitações condignas.

Tal inserção no documento do parlamento europeu significa uma vitória no reconhecimento à universalidade do acesso, que tem sido paulatinamente excluído de documentos regionais de direitos humanos<sup>96</sup>.

Quanto ao seu conteúdo, apesar de o constituinte não ter adjetivado a

---

Unicamp. Volume 12, 2º semestre 2004. p. 13.

93 Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. 2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio gozarão da mesma proteção social.

94 Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA NA CONSTITUIÇÃO. In *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*, op. cit. Vol. III, p. 688.

95 Tradicionalmente, a seguridade social é definida como sendo união da previdência social, assistência social e saúde pública.

96 Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *O Direito Fundamental à Moradia na Constituição*. op. cit., p. 690.

qualidade da moradia (enquanto “*digna*” ou “*adequada*”), como diversos textos constitucionais comparados e documentos internacionais de direitos humanos, não é possível compreender que a Constituição trata do direito à moradia como sendo um mero direito de habitação.

Sob a ótica da dignidade da pessoa humana, a moradia precisa ser compreendida como direito capaz de satisfazer o ser humano em suas mais diversas dimensões. Dessa maneira, é clareza solar que a moradia necessita ser *per se* adequada à vida humana, e não apenas ao *homo somaticus*, conforme apontado alhures.

Portanto, é necessário tomar o direito à moradia combinado ao referencial da existência a uma vida digna, para compreensão deste direito sob uma ótica substancial. Sem a moradia, ainda que dissociada da propriedade, não é possível falar em existência digna.

É nesse sentido que o comentário-geral nº 4, da Comissão de Direitos Econômicos e Sociais da ONU, estabeleceu alguns critérios substanciais para que se percebesse o que é direito à moradia adequado<sup>97</sup>.

Um dos aspectos principiológicos é a segurança jurídica da posse, enquanto inteligência autônoma à própria propriedade. A posse necessita de certa proteção jurídica, certa estabilidade, independentemente de sua natureza ou origem.

Importa destacar que a posse aqui considerada é indistinta, não necessariamente será acompanhada de um *animus* de proprietário, poderá ser a posse indireta, precária e obrigacional<sup>98</sup>. Ainda assim, se faz necessário que haja

---

97 Cf. ONU. Comentário Geral n.º 4, sobre o direito a uma habitação condigna – artigo 11.º, n.º 1. Nova Iorque: Comissão de Direitos Econômicos e Sociais. Disponível em < <http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/%28Symbol%29/469f4d91a9378221c12563ed0053547e?OpenDocument>> acessado em 13 de dezembro de 2013

98 P. ex. A posse indireta proveniente de contrato de locação de bem imóvel residencial. Nesse sentido, a lei do Inquilinato (Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991) confere certa proteção ao inquilino, tentando equalizar o direito de propriedade do senhorio e o de moradia do inquilino.

alguma segurança jurídica, ainda que isso não signifique uma sobreposição da posse à propriedade.

O aspecto seguinte diz respeito à dimensão difusa da moradia. São infraestruturas básicas e imprescindíveis à existência humana. Trata-se de uma verdadeira garantia à segurança, saúde, conforto e nutrição.

Apesar dos avanços na área, é comum a total falta de abastecimento de serviços de água e esgoto em extensas áreas das metrópoles. Ainda subsiste áreas rurais não eletrificadas. Vias de acesso inadequadas (o que, em alguns casos pode traduzir em real perigo à população local). Apesar dessas estruturas quase sempre estarem relacionadas a outros direitos fundamentais, elas não se desatrelam ao direito à moradia.

A moradia digna também precisa ser economicamente acessível às populações. A sua manutenção não pode virar um óbice para as satisfações de outras necessidades básicas, como alimentação e saúde. Talvez, essa perspectiva de moradia adequada seja a mais difícil de ser auxiliada por políticas públicas, devido à grande variação de valores entre as mais diversas moradias.

A habitabilidade é condição *sine qua non* para a moradia digna. Aqui se trata das condições mínimas para que se tenha alguma garantia da segurança física de seus habitantes. Tradicionalmente, a parcela mais empobrecida da população ocupa áreas de riscos nas grandes regiões metropolitanas. No período chuvoso é comum desastres ambientais que acabam com diversas moradias.

Os direitos dos portadores de necessidades especiais precisam ser atendidas em suas próprias residências. Com efeito, as necessidades de cada morador precisaria ser satisfeita em sua própria residência, dessa forma, especialmente nos deficientes físicos, vê-se uma preocupação especial com a acessibilidade.

Os direitos dos deficientes físicos são reconhecidos enquanto direitos

humanos inclusive no plano internacional, por meio da convenção de Nova Iorque de 2007, promulgada pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, que em seu art. 19 determinou o direito à moradia das pessoas com deficiência, estabelecendo a liberdade de moradia e o acesso a condições condignas de habitação, bem como liberdade de locomoção, de forma individual, nos termos do art. 20 do mesmo tratado<sup>99</sup>.

Outro ponto é que a localização da moradia não possa ser fator excludente aos seus residentes de acesso ao emprego, aos serviços públicos essenciais, à vida sociocultural de sua comunidade, à educação. Uma habitação adequada não poderá restringir a atuação do indivíduo dentro da própria sociedade, enquanto cidadão, trabalhador.

Evidentemente, nos grandes centros urbanos, a localização resta associada com o acesso ao transporte público, que deve ser de qualidade. Em pequenos centros urbanos, esse ponto se torna uma barreira quase intransponível, devido a, várias vezes, as áreas rurais de pequenos municípios ser maior que a própria área urbana.

Por fim, enquanto forma de autodeterminação do indivíduo, a moradia deve poder ser expressão dos fatores que determinam a identidade, diversidade e cultura da comunidade na qual a pessoa encontra-se inserida. A arquitetura é, para o *homo culturalis*, expressão viva de sua cultura.

O acesso ao trabalho deve ser entendido como forma de persecução da dignidade humana. Mais que uma maneira de acúmulo de capital, o trabalho é forma

---

99 O tratado de Nova Iorque possui grande importância na atualidade. Comumente invocada pelo sistema de proteção dos direitos humanos para determinar a obrigatoriedade do Estado em prestar assistência aos deficientes físicos. Cf. BRASIL. *Recurso Extraordinário nº 440.028/SP*. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 29/10/2013, Primeira Turma. EMENTA: PRÉDIO PÚBLICO – PORTADOR DE NECESSIDADE ESPECIAL – ACESSO. A Constituição de 1988, a Convenção Internacional sobre Direitos das Pessoas com Deficiência e as Leis nº 7.853/89 – federal –, nº 5.500/86 e nº 9.086/95 – estas duas do Estado de São Paulo – asseguram o direito dos portadores de necessidades especiais ao acesso a prédios públicos, devendo a Administração adotar providências que o viabilizem.

de realização pessoal e dignidade humana.

Contudo, não será qualquer trabalho que pode ser entendido como meio de dignidade do homem, mas àquele que, garantindo a remuneração equânimes, proporciona condições minimamente adequadas.

Em números absolutos, população em situação de subemprego no Brasil tem se agravado na última década. Na região metropolitana de São Paulo, subsiste quase um milhão de pessoas em trabalhos consideradas sub-humanos<sup>100</sup>. Porém, o problema do subemprego é uma questão histórica e recorrente na história brasileira<sup>101</sup>.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>102</sup>, adotada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral da ONU em dezembro de 1948, estabeleceu, com direito humano, o acesso ao trabalho, sem discriminação, com justa remuneração<sup>103</sup>.

O direito ao Trabalho não pode ser apenas compreendido como a proteção do trabalhador diante de explorações, discriminações, situações vexatórias, abusos, mas, numa perspectiva positiva, deve ser entendido como a criação de políticas públicas que facilitem o acesso do indivíduo ao trabalho e pleno emprego.

---

100Cf. BRASIL. *A Década Com Mais Desemprego*. São Paulo: IPEA. Artigo disponível em [http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=20003&Itemid=75](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=20003&Itemid=75) acessado em 10 de outubro de 2013.

101Cf. GERSDOFF, Ralph C J von. O EMPREGO E O SUBEMPREGO NO BRASIL: COMO EVITAR E COMBATER. In *Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas. Janeiro/março de 1982. p. 99.

102ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. disponível em <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>> acessado em 27 de dezembro de 2013.

103Artigo 23 I) Todo o homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego. II) Todo o homem, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho. III) Todo o homem que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como a sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social. IV) Todo o homem tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses.

Em 1992, a taxa de ocupação<sup>104</sup> da população em idade ativa no Brasil era de 64,1%, contra 61,6% dos países na faixa dos 20% mais pobres do mundo. Em 2012, houve uma certa estabilidade, a taxa de ocupação no Brasil ficou em 61,7%, enquanto que, na faixa de países mais pobres, o percentual de ocupação da população ficou no patamar de 29,1%<sup>105</sup>.

Houve, contudo, uma melhora significativa no tocante ao percentual de pessoas ocupadas em situação de pobreza ou de pobreza extrema, caindo de 15,2% EM 1992, para 1,9% em 2012.

No plano internacional, a questão do subemprego é regulada pela Convenção nº 168 da Organização Internacional do Trabalho, incorporado ao Direito interno por meio do Decreto nº 2.682, de 21 de julho de 1998.

Em seu art. 2º, a resolução determina como dever de cada Estado signatário a adoção de políticas positivas para acesso ao pleno emprego, possibilitando a escolha livre do trabalho, combatendo as formas indignas de trabalho e renda<sup>106107</sup>.

Portanto, o direito fundamental à moradia possui três dimensões essenciais. A

---

104É preciso frisar que a taxa de ocupação reflete, de maneira mais fidedigna, a parcela da população em alguma atividade laborativa, ou não. É que a taxa de desemprego exclui de seus cálculos as pessoas que não estão à procura de emprego. Elas não são desempregadas, apenas não estão ocupadas.

105ONU. *Objetivos de Desenvolvimento do Milênio: Relatório Nacional de Acompanhamento*. Brasília. op. cit. p. 27

106Artigo 2 Todo Membro deverá adotar medidas apropriadas para coordenar o seu regime de proteção contra o desemprego e a sua política de emprego. Para esse fim, deverá providenciar que o seu sistema de proteção contra o desemprego e, em particular, as modalidades de indenização do desemprego, contribuam para a promoção do pleno emprego produtivo, livremente escolhido, e que não tenham como resultado dissuadir os empregadores de oferecerem emprego produtivo, nem os trabalhadores de procurá-lo.

107Cf. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Resolução nº 168*. Convenção relativa à Promoção do Emprego e à Proteção contra o Desemprego. Diário Oficial da União. Poder Executivo. Publicado em 21 de julho de 1998. “Artigo 2 Todo Membro deverá adotar medidas apropriadas para coordenar o seu regime de proteção contra o desemprego e a sua política de emprego. Para esse fim, deverá providenciar que o seu sistema de proteção contra o desemprego e, em particular, as modalidades de indenização do desemprego, contribuam para a promoção do pleno emprego produtivo, livremente escolhido, e que não tenham como resultado dissuadir os empregadores de oferecerem emprego produtivo, nem os trabalhadores de procurá-lo”.



primeira, sob a ótica individual, importa no respeito e inviolabilidade do domicílio, com *status* negativo, o Estado e a Coletividade devem se abster de perturbar o cidadão e sua família, bem como há a impenhorabilidade do bem de família.

Sob a dimensão coletiva, de *status* positivo, o Estado deve promover políticas públicas de acesso à moradia, essas políticas podem ter jaez assistencialista ou econômica. Caso emblemático de políticas públicas coletivas de moradia é a desapropriação por interesse social<sup>108</sup>.

A terceira dimensão diz respeito ao aspecto difuso do direito à moradia, é a urbanização, meio ambiente, condição dignas de moradia, às quais não se adstringem à determinado número de pessoas, ou mesmo a uma geração. Os investimentos em mobilidade urbana, por exemplo, podem transpor-se a uma geração, atingindo o clamado direito intergeracional.

Com relação ao direito fundamental ao trabalho, observa-se as mesmas três dimensões. Quanto à dimensão individual, a sociedade ou o poder público não podem ferir a dignidade pessoal do trabalhador com condições vexatórias, demasiadamente perigosas, discriminatórias.

Coletivamente, o Estado deve promover tanto o acesso ao pleno emprego (políticas econômicas ou sociais), quanto garantir um patrimônio jurídico mínimo do trabalhador. Sob esse aspecto também estão os direitos de sindicalização, de organização de forma coletiva para proteção do trabalho (art. 8º da Constituição Federal de 1988).

Sob a ótica difusa, o acesso ao trabalho importa numa política econômica macro responsável, que não impossibilite ao desenvolvimento da população. No momento que o Estado, por atos comissivos ou omissivos, permitem o abuso de poderes econômicos, desestabilização da economia, essas práticas atingem

---

108 Essa modalidade de desapropriação será melhor analisada oportunamente neste trabalho

diversos trabalhadores. Comumente, essas práticas abusivas levam ao cerceamento de direitos sociais, pela impossibilidade de manutenção de diversos direitos sociais<sup>109</sup>.

---

109 Canotilho atenta que no momento que a Constituição determina normas programáticas tratando de direitos fundamentais, é dever do Estado a busca de condições favoráveis para que a reserva do possível não seja mais invocada. Com muito mais razão, o Estado não pode permitir o retrocesso, seja por políticas públicas irresponsáveis, pela pelo abuso do poder econômico dos agentes do mercado.

### 3. FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE

#### 3.1. A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE COMO CONCEITO AUTÔNOMO

A compreensão constitucional da posse, adotada e melhor delimitada no campo infraconstitucional, nos urge a atinar a posse enquanto instituto funcionalizado, independente da propriedade, apesar umbilicalmente ligado à sua função social.

Tradicionalmente, a posse é vista tão somente como a apropriação fática de uma coisa<sup>110</sup>, seria o estado de fato daquele que poderia exercer sobre a coisa os poderes que seriam inerentes ao proprietário<sup>111</sup>.

Não obstante, tal entendimento não mais é comportado no ordenamento jurídico moderno, uma vez se tratar de visão demasiadamente limitada. O avanço do debate jurídico leva à conclusão pela independência, entre os institutos da posse e da propriedade. Nesse sentido, tem-se o enunciado 492 da V Jornada de Direito Civil do Conselho Nacional da Justiça Federal:

*“A posse constitui direito autônomo em relação à propriedade e deve expressar o aproveitamento dos bens para o alcance de interesses existenciais, econômicos e sociais merecedores de tutela”<sup>112</sup>.*

Há muito, a ciência jurídica discute acerca da qualidade da posse, se constitui um direito por si só ou é um fato que reverbera no mundo jurídico<sup>113</sup>, sem, contudo,

---

110Cf. MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*. FACHIN, Luiz Edison (atualizador). São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014, Tomo X: Direito das coisas: Posse. p. 56

111Cf. MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*. op. cit. tomo X, p. 57.

112Cf. BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *V Jornada de Direito Civil*. TEPETINO, Gustavo (organizador). Brasília: CJP. 2012. p. 78.

113Cf. JHERIG, Rudolfo von. *Teoria Simplificada da Posse*. Belo Horizonte: Líder. 2004. p. 29.

encontrar um consenso, ou mesmo uma teoria amplamente majoritária que pudesse servir de guisa para a jurisprudência brasileira.

A teoria tradicional da posse não mais se aplicaria, com exatidão, ao atual estágio de desenvolvimento do ordenamento jurídico brasileiro. Não obstante, para melhor compreender o que é o instituto da posse e seus reflexos no mundo do Direito, se faz necessário que visitemos a construção histórica de seu conceito.

É essencial que comecemos por duas escolas que serviram de base para construção do conceito de posse no Direito brasileiro<sup>114</sup>, sem, contudo, se limitar a elas. Essas escolas jurídicas foram primordiais para a construção da atual ideia de posse.

A primeira escola, denominada de subjetivista, possuía como principal expoente Savigny. Pelo qual a posse seria constituída por dois elementos indispensáveis, quais sejam o *corpus* e o *animus*.

Nessa teoria, além da disposição física da coisa, seria preciso que o possuidor tivesse em si a consciência de tal *poder fático* de dispor da coisa<sup>115</sup>. Tal distinção subjetiva procurava estabelecer diferenças entre o possuidor e o simples detentor da coisa.

O *corpus*, na teoria de Savigny, não é compreendido tão somente como uma ficção jurídica ou a detenção material do bem, mas o real poder de dispor sobre este<sup>116</sup>. Assim, aquele que tivesse título jurídico sobre a coisa, mas não pudesse, efetivamente, exercer seu poder sobre o bem da vida, não poderia deter a posse.

---

114Cf. TARTUCE, Flávio.

115Cf. BESSOME, Darcy. **Da Posse**. São Paulo: Saraiva. 1996, p. 47.

116Cf. ALVES, José Carlos Moreira *apud* TOLEDO, Cristina Paganini. **Posse-trabalho**. DINIZ, Maria Helena (orientadora). Dissertação apresentada como exigência parcial para obtenção do grau de mestre em Direito Civil Comparado à banca da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: PUC. 2006. p. 21.

Já o *animus* seria o caráter subjetivo de assenhorar-se como se fosse proprietário, com a vontade de dispor livremente dos bens<sup>117</sup>. Não bastaria você poder exercer o poder, era necessário que o exercesse como se *dominus* fosse, ou seja, independente da vontade de terceiros, como simples preposto, mas por conta própria, por *animus* próprio.

Em contraponto, subsiste a teoria objetiva de Jhering, que afastava o *animus* do conceito de posse. Partindo do Direito Romano, Jhering compreende a Posse como sendo a apropriação fática sobre as coisas, a Propriedade constituiria no poder jurídico que a pessoa exerceria sobre a coisa.

Apesar de fortemente influenciado pelo Direito Romano, afastando-se dele, pelo qual o simples detentor da posse não gozaria de proteção, Jhering compreendia que:

“idéia romana da falta de proteção do detentor, no caso em que a coisa lhe fosse entregue em seu próprio interesse (detenção interessada), estava em contradição demasiado palmar com o sentimento jurídico dos povos modernos, e quanto ao colono, até com o mesmo direito existente, para que a doutrina não se preocupasse com procurar um remédio. Encontrou-o no desenvolvimento consuetudinário insensível de dois meios de direito: o *summarissimum* e a *actio spolii*”<sup>118</sup>.

Jhering não desmerece o elemento subjetivo, pelo contrário, ele o inclui diretamente no elemento objetivo, que se distanciaria do conceito de Savigny de *corpus*, constituindo uma destinação econômica da propriedade. Essa incorporação passa a compreender o *corpus* de maneira mais integral.

Tal distinção é demasiadamente relevante, posto que nem sempre a posse se dá com a detenção física do bem, mas com o aproveitamento econômica da coisa:

---

117Cf. FARIAS, Cristiano Chaves e ROSEVALD, Nelson. **Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2010, 6ª edição. p. 29.

118Cf. JHERING, Rudolf von. *Teoria Simplificada da Posse*. op. cit. p. 57.

*“A importância prática que para ele apresenta esse direito é evidente. A utilização econômica da propriedade tem por condição a posse. A propriedade sem a posse seria um tesouro sem chave para abri-lo, uma árvore frutífera sem a competente escada para colher-lhes os frutos*

*A utilização econômica da propriedade consiste, segundo a natureza das coisas, no uti,frui, consummere. O proprietário pode realizá-la por si mesmo (utilização imediata ou real), ou cedê-la, quer por dinheiro (arredamento, venda, troca), quer gratuitamente (...) ”<sup>119</sup>.*

Em suma, para Jhering, a posse seria a exterioridade da propriedade, não o exercício externo de poder sobre a coisa. Reiterando-se que tal exteriorização da propriedade poderia dar-se sem a apropriação física direta da coisa, desde que permanecesse a os poderes implícitos à propriedade (uso, gozo, fruição e disposição).

Por anos, essas duas escolas dominaram os debates acadêmicos, com certa hegemonia e, até hoje, orientam muitos debates nos tribunais acerca da proteção da posse, inclusive nas cortes superiores<sup>120</sup>.

No auge do direito civil patrimonialista, no início do século XX, Saleilles, desenvolvendo a teoria de Jhering, compreende que o *corpus* deve possuir um elemento cronológico – “uma relação durável de apropriação econômica, uma relação de exploração da coisa a serviço do indivíduo”<sup>121</sup>.

O *corpus* passaria a ser a destinação econômica da propriedade, porém durante determinado período, tendendo à perpetuidade<sup>122</sup>. Para tanto, seria

---

119Cf. JHERING, Rudolf von. *Teoria Simplificada da Posse*. op. cit. p. 59

120 Cf. BRASIL. Agravo regimental no Recurso Especial nº 535.990/PR. Brasília: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro RAUL ARAÚJO (decisão monocrática), Data de Publicação: DJ 02/03/2015

121SAILLES *apud* OLIVEIRA, in OLIVEIRA, Álvaro Borges de; MACIEL, Marcos Leandro. *Estado da Arte das Teorias Possessórias*. In REVISTA JURÍDICA DA FURB. João Pessoa: FURB v. 11, nº 22, jul./dez. 2007. p. 118

122Cf. OLIVEIRA, Álvaro Borges de; MACIEL, Marcos Leandro. *Estado da Arte das Teorias Possessórias*. op. cit. p. 119

necessária uma consciência social que, pelo menos aparentemente, o possuidor fosse o proprietário da coisa.

Nas teorias de Savigny e Jhering, a posse se distanciaria da simples detenção pelo elemento subjetivo, “ter a coisa como sua”, enquanto que na teoria de Saleilles a posse seria distinguida pela destinação econômica do poder exercido sobre a coisa.

Assim, a posse deixaria de ser a mera exteriorização da propriedade, passando a ser a exteriorização da apropriação econômica da coisa<sup>123</sup>. O *corpus* não constituiria então a apropriação física, mas seria destinação econômica da coisa, enquanto que o *animus* constituiria no elemento subjetivo ínsito a essa realização.

Para Saleilles, a diferenciação entre a posse e a simples detenção residiria em situações sociais. A detenção se daria pela apreensão sem independência econômica entre a coisa e seu titular.

Enquanto que a posse precederia a propriedade, sendo, prioristicamente, defendida pelo costume e tradição, apenas em momento posterior teria sido protegida pelo Direito. A Posse teria sido proveniente da destinação econômica dada pelas *gens* às glebas de terra. Teria uma função eminentemente de subsistência.

Outros historiadores, como Nieburh põem a origem do instituto da Posse nas concessões que Roma antiga dava aos seus cidadãos, para usufruírem da terra, diferenciando-se da propriedade quirritária, por se tratar de concessões precárias<sup>124</sup>.

---

123Cf. BOLONHIMI JÚNIOR, Roberto. *Uma Nova visão fático-social da posse*. 2013. f. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Tese (doutoramento em Direito) DINIZ, Maria Helena (orientadora). p. 217-218

124Tais historiadores do Direito afastam outras fontes históricas dos institutos jurídicos, fora de Roma. Com efeito, quando o Direito surge enquanto ciência na idade média, surgiu como uma ciência dogmática, vinculada à “descoberta de leis”, por um processo de investigação histórico da legislação da República e do Império Romano.

A posse pode ser concebida não apenas como um fato da vida social, mas como conteúdo de outros direitos. Nesse sentido, tanto direitos reais quanto direitos pessoais podem ter, em seu conteúdo, a posse.

Com efeito, determinados direitos se manifestam pela posse, exemplo óbvio é o direito do locatário adimplente possui de residir em sua casa, sem se ver turbado de sua paz por arbitrariedade do locador<sup>125126</sup>.

Interessante destacar que a posse, *per se*, não é forma de aquisição ordinária de tais direitos, mas compõe o conteúdo de seu exercício, com especial destaque ao direito real de usufruto<sup>127</sup>. O usufruto é um direito real sobre coisa alheia, que permite ao usufrutuário o uso e gozo da coisa, retirando-lhe a disposição, o qual poderia ser resumido em direito real de posse.

Por outro lado, a posse pode ser concebida como sendo requisito para aquisição de determinados direitos. Exemplo mais emblemático é a aquisição da propriedade pelo usucapião<sup>128</sup>. Ademais, a posse não é apenas requisito de constituição de determinados direitos, sobretudo, reais, mas também de manutenção de direitos. A posse é um requisitos de certos efeitos jurídicos que ultrapassam os estritamente possessórios<sup>129</sup>.

---

125Cf. TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A Propriedade e a Posse: Um Confronto em torno da Função Social*. op. cit.

126Importa destacar a necessidade de se desprender da ideia de posse física do bem para compreender essa inteligência. Observe que os herdeiros, tão logo se abra a sucessão, já possuem a posse ficta dos bens, tanto é verdade que podem se valer de ações possessórias, ainda que jamais tenham efetivamente “*tomado posse*” do acervo patrimonial do *de cujus*. Outros casos em que a posse é conteúdo de direito pessoal seria aquele proveniente de contratos de arrendamento, parceria, alienação fiduciária, comodato entre outros. Nos direitos reais, a posse enquanto elemento constitutivo é mais evidente, como nos casos de propriedade, copropriedade, multipropriedade entre outros.

127Cf. DINIZ, Maria Helena e outros. *Código Civil Comentado*. 15ª edição São Paulo: Saraiva. 2010. p 965

128Vale a pena transcrever a ensinança de Arnaldo Rizzardo: “significa a acessão de tempo a junção do lapso temporal, durante o qual alguém exerceu a posse, ao período de posse exercido pelo seu antecessor, o que se dá a título universal ou singular” (RIZZARDO, Arnaldo. RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 255.

129GIL, Hernández *apud* TORRES, Marcos Alcino. *A Propriedade e a Posse: Um confronto em torno*



Não obstante, importa ressaltar que os aspectos da posse – posse como sustentáculo de direitos ou posse como requisitos de direitos – não excluem o aspecto autônomo da posse. Nesse sentido, a posse considerada em si mesmo deve ser observada quando esse instituto não é suporte de existência de um direito, ou mesmo integrante de seu conteúdo.

A manifestação da posse independente de quaisquer outros direitos pode ser facilmente compreendida pelo disposto no art. 1.198 do Código Civil Brasileiro em vigor.

O simples detentor é um mero preposto do real possuidor, assim o fâmulos da posse não possui poderes substanciais sobre a coisa, exercendo atos como substituto do possuidor, com presunção relativa quanto a essa condição<sup>130</sup>, como será melhor visto posteriormente.

Nesse caso, a posse daquele que instituiu o detentor é considerada por si mesmo, posto independe de quaisquer outros direitos. Aqui, a posse baste em si mesma. Um simples possuidor pode instituir um detentor, ainda que não possua qualquer título sobre o bem confiado à detenção de outrem.

Já o Código Civil de 2002, adotando em seu art. 1.196 uma postura mais conservadora, adotou como conceito de posse o trazido por Jhering, a teoria objetiva da posse<sup>131</sup>.

Pelo texto normativo do diploma civilista, a posse estaria ainda desprovida de qualquer função social, estando associada à exteriorização da propriedade. Contudo, o entendimento que o Código Civil teria desconsiderado a Função Social da Posse deve ser afastado, como será compreendido alhures.

---

da função social. op. cit. p. 300.

130 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Volume 4. Direito das Coisas. 24ª edição São Paulo: Saraiva. 2009, 24ª edição, p. 55

131 Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade – Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002.

Os arts. 1.198, 1.205 e 1.208 do Código Civil trazem outras disposições que auxiliam na compreensão do conceito legal de posse<sup>132133</sup>, os quais devem ser interpretados conjuntamente com a Constituição Federal de 1988.

Retornando ao art. 1.198, o qual determinou o conceito de simples detentor – ou melhor: fâmulos da posse –, como sendo aquele que, em nome de terceiro, exerce a posse da coisa. Compreenda que não se trata de posse indireta, posto que o fâmulos, por estar em relação de dependência direta com o possuidor, apenas seria um preposto desse.

A posse não é apenas a simples detenção da coisa, havendo requisitos autônomos para que se caracterize a posse em si.

Maria Helena Diniz, em apertada síntese, traz como requisitos para existência da posse, além dos apontados por Jhering, o elemento subjetivo – a posse apenas poderia ser exercida por pessoa natural ou jurídica –, o elemento objetivo – qual seja: a coisa, corpórea ou incorpórea – e o poder fático entre pessoa e coisa<sup>134</sup>.

Não obstante, a III Jornada de Direito Civil aprovou o enunciado nº 236 com a seguinte redação: “*Considera-se possuidor, para todos os efeitos legais, também a coletividade desprovida de personalidade jurídica*”. Em sua justificativa para apresentação desse enunciado aprovada a necessidade de abranger a proteção da

---

132Art. 1.198. Considera-se detentor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas.

Parágrafo único. Aquele que começou a comportar-se do modo como prescreve este artigo, em relação ao bem e à outra pessoa, presume-se detentor, até que prove o contrário – Lei 10.406/2002

133Art. 1.205. A posse pode ser adquirida:

I – pela própria pessoa que a pretende ou por seu representante;

II – por terceiro sem mandato, dependendo de ratificação.

(....)

Art. 1.208. Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade. Lei 10.406/2002

134Cf. DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Volume 4*. op. cit p. 42

posse aos entes coletivos, mas desprovidos de personalidade jurídica<sup>135</sup>.

Com efeito, é possível se considerar que um ente despersonalizado possa, efetivamente, ser possuidor. A posse não pertenceria à entidade sem personalidade, mas àqueles que, conjuntamente ou isoladamente, fazem parte da coletividade. Tal possibilidade fica clara nos casos em que o espólio figura como autor de ação possessória<sup>136</sup>.

Importante destacar, portanto, que a coletividade, ainda que desprovida de personalidade jurídica, pode ser considerada como possuidora, desde que exerça o poder de posse. O que se dá pela amplitude da posse, que deve ser compreendida além da simples exteriorização física da propriedade.

Se assim não o fosse, não seria possível a transmissão apenas jurídica da posse, já que nesses casos a posse é transmitida independente de algum ato de

---

135Cf. BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *III Jornada de Direito Civil*. AGUIAR, Ruy (organizador). Brasília: CJF. 2005. pp. 66 e 311.

136Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Ação de Imissão de Posse nº 1.027.237-98.2011.8.19.0002 RJ, Relator: DES. CARLOS SANTOS DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 05/11/2013, VIGÉSIMA SEGUNDA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 10/12/2013, p. 170. EMENTA: AÇÃO DE IMISSÃO NA POSSE C/C ARBITRAMENTO DE ALUGUEL. BEM CONSTANTE DO ACERVO HEREDITÁRIO OCUPADO EXCLUSIVAMENTE POR UM DOS HERDEIROS. ESPÓLIOS. LEGITIMIDADE. PLEITO DE ARBITRAMENTO DE ALUGUEL. ACOLHIMENTO. ESBULHO POSSESSÓRIO NÃO CARACTERIZADO. PEDIDO DE IMISSÃO NA POSSE. REJEIÇÃO. - Os Espólios autores alegam que o réu é um dos herdeiros do imóvel do acervo, residindo no mesmo sem autorização dos demais herdeiros e sem o pagamento de aluguel, IPTU e cotas condominiais. Sentença monocrática que reconheceu a responsabilidade do demandado em relação ao pagamento dos encargos do bem. - Não há que se cogitar em ilegitimidade ativa dos espólios para postularem em face de herdeiro valor a título de aluguel pela ocupação de imóvel constante do acervo. É certo que os bens se transmitem aos herdeiros no momento do falecimento do autor da herança, no entanto, até que seja efetivada a partilha, o espólio é parte legítima para postular cobrança judicial relativa a valores devidos em relação a bem integrante do monte. Tendo em vista a universalidade de bens do acervo hereditário, apenas com a partilha serão determinados os bens que irão compor o quinhão de cada herdeiro. Assim, o requerimento de arbitramento de aluguel em questão pode ser pleiteado pelo espólio. Precedente jurisprudencial. - Pretensão de imissão na posse do bem. Não há que se falar em esbulho possessório, já que o réu ocupa o bem na qualidade de herdeiro do mesmo. Demandado que sempre exerceu a posse do bem de forma ininterrupta e duradoura, com o conhecimento dos demais herdeiros. - A ocupação do bem pelo demandado, entretanto, não pode ocasionar prejuízo aos demais herdeiros. Tais prejuízos são evitados, na medida em que é arbitrado o pagamento de aluguel mensal até a efetiva desocupação do bem. PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO

apropriação física do bem, também denominada tradição simbólica ou ficta<sup>137</sup>.

Contudo, o conceito moderno de posse deve ser compreendido a partir da concepção de função social da posse. A tentativa de delimitação do que seria função social da posse é demasiadamente delicada.

Enquanto que a função social da propriedade é expressamente mencionada no corpo do texto constitucional, a posse é mencionada tão somente como sendo critérios de obtenção da propriedade por usucapião<sup>138</sup>.

Essa falta de aprofundamento do conceito de posse, no texto constitucional, demonstra um momento histórico no qual o debate do conceito de posse se encontrava menos aprofundo no cenário nacional. Mesmo com pouca expressão no texto constitucional, fica claro a importância da posse na norma constitucional, quando há o prestígio da posse funcionalizada, diante da propriedade não funcionalizada, nos casos de preenchimento de requisitos de usucapião.

A legislação e jurisprudência têm confundido a Função Social da Posse com a Função Social da Propriedade, embora inteligências conexas, estas não se confundem. A função social da posse, por ser mais dinâmica que a própria função social das propriedades, fica com conceituação menos objetiva, muitas vezes lacunosa<sup>139</sup>.

---

137Interessante observar julgamento do Superior Tribunal de Justiça que entendeu que a transmissão ficta da posse é suficiente para que haja legitimação para o crime de fraude de penhor. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recursos Especial nº 304915 SP 2001/0020982-3, Relator: Ministro PAULO MEDINA, Data de Julgamento: 26/06/2003, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 25.08.2003 p. 377. Ementa: Recurso Especial. Direito Penal. Crime de fraude de penhor. Art. 171, § 2º, III, CP. Tipo objetivo. Tradição ficta. A existência ou não de tradição real é irrelevante no delineamento do crime de fraude de penhor, cujo tipo objetivo versa sobre a hipótese em que há tradição ficta da coisa oferecida como garantia, permanecendo a posse com o devedor. Recurso especial improvido.

138Em verdade, no art. 153, §4º, II da Constituição Federal, ao estabelecer a imunidade tributária sobre a pequena propriedade rural, trata de posse. Contudo, alguns doutrinadores entendem que

139Em verdade, é possível distinguir a função social da posse, da propriedade e do domínio. Entretanto, como já é dificultoso distinguir a função social da posse e da propriedade, no presente trabalho, não se distinguirá a função social da propriedade e do domínio.

Enquanto que a função social da propriedade se relaciona diretamente com o uso, gozo, fruição da coisa, limitando a propriedade e até mesmo conceituando-a, a função social da posse se relaciona aos ditames de dignidade da pessoa humana e justiça social<sup>140</sup>.

Assim sendo, a função social da posse diz respeito ao acesso aos meios de produção e patrimônio existencial mínimo, a apropriação da coisa para garantir os direitos fundamentais mínimos da pessoa humana.

Importante e inexorável conclusão seria que a posse que não satisfizesse esse objetivo estaria desprovida de sua função social. Exemplo é a pessoa que toma posse de imóvel alheio para, unicamente, usucapindo-o, se valer de especulação imobiliária e enriquecer-se<sup>141</sup>.

Apesar de, em tese, estar com a propriedade funcionalizada, haveria um abuso da posse. O direito ao usucapião não estaria observando os valores e a finalidade que o usucapião busca tutelar.

A função social da posse, ainda que não expressa no texto constitucional, é passível de se deduzir pelas normas atinentes ao usucapião especial, nos termos do art. 191 da Constituição Federal de 1988<sup>142</sup>.

Importante ressaltar que parte da doutrina considera que os conceitos de Função Social da Posse e da Propriedade de bens *imóveis* se confundem<sup>143</sup>.

---

140Cf. ROSA, Marizélia Peglow. A Função Social Da Posse, No Direito Brasileiro Atual, Enquanto Instrumento De Efetivação Dos Direitos Fundamentais Do Trabalho E À Moradia. In *anais do XV Encontro Nacional do CONPEDI*. 2006. Manaus. Disponível em <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/campos/marizelia\\_peglow\\_da\\_rosa-1.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/campos/marizelia_peglow_da_rosa-1.pdf)> acessado em 26 de abril de 2013.

141É de bom alvitre destacar que a relação entre função social da posse e o abuso de direito de usucapião é pouco explorado pela doutrina. Nos últimos anos, contudo, tem se observado a reiteração dessa prática.

142Tal conceito é essencial para compreender-se o abuso de direito do usucapião. Embora problema recorrente no Brasil, não foi enfrentado pela jurisprudência.

143Cf. BONFANTE *apud* TORRES *Propriedade e a Posse: Um Confronto em torno da Função*

Diferentemente da Função Social da Propriedade, a qual limita e delimita os direitos de uso, gozo e fruição da coisa, a Função Social da Posse diz respeito ao acesso ao uso, gozo e fruição da coisa. Determinando-se qual é a função social da posse, pode-se, inclusive, compreender o abuso da posse.

Cumprе ressaltar que o conceito de função social da posse não é pacífico. É mister reiterar que a sua existência, como conceito autônomo é contestada, sendo, muitas vezes incluída dentro do conceito de função social da propriedade.

### 3.2. CONFLITO ENTRE FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE E PROPRIEDADE NÃO FUNCIONALIZADA

Interessa destacar, como afirmado alhures, que a Função Social da Posse se conceitua<sup>144</sup> pelo acesso físico ao uso ou gozo de coisas, sejam bens móveis ou imóveis, para persecução dos direitos fundamentais, em especial garantia da dignidade da pessoa humana.

A Função Social da Propriedade é determinada pelo uso, gozo, fruição ou disposição da coisa dentro dos limites jurídicos constitucionalmente estabelecidos, sem ofensa aos interesses gerais da sociedade e em respeito aos direitos individuais inerentes.

A propriedade é garantia da liberdade individual e sua proteção constitui condição *sine qua non* para a democracia, estando protegido, inclusive, na Declaração Universal do Direitos Humanos de 1948<sup>145</sup>.

---

*Social*. p. 303

<sup>144</sup>Conceito adotado pelo Autor, embora não pacífico.

<sup>145</sup>Artigo 17º 1.Toda a pessoa, individual ou colectiva, tem direito à propriedade. 2.Ninguém pode ser

A propriedade não funcionalizada é aquela que, diante da inércia de quem possua poder jurídico, social ou econômico sobre ela, não a destina para um fim de promoção social<sup>146</sup> sustentável<sup>147</sup> de tal sorte que fira às exigências jurídicas.

Não obstante, tais exigências jurídicas não podem aniquilar a propriedade em si, mas tão somente orientar o seu uso para melhor adequação social. Reiteradamente, o Supremo Tribunal Federal tem firmado o entendimento pela possibilidade de limitação da propriedade privada, entretanto se tal limitação constituir em verdadeira aniquilação da propriedade, estaríamos diante de verdadeira desapropriação indireta<sup>148</sup>.

Mesmo diferenciado a Função Social da Posse (acesso aos bens da vida para persecução dos direitos fundamentais) da Função Social da Propriedade (persecução dos direitos fundamentais individuais sem impedimento dos interesses coletivos), tem que ambos os conceitos se evidenciam pela exteriorização da propriedade, ou seja, da posse.

Tanto a doutrina quanto os tribunais brasileiros têm confundido os dois conceitos, ao ponto de se afirmar que no Direito hodierno não subsiste quaisquer

---

arbitrariamente privado da sua propriedade. (cf. ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. op. cit.) Nesse mesmo sentido

146 Promoção pessoal deve ser compreendida de maneira ampla. A exploração econômica, por si só, tem sim um valor de promoção social, entretanto, a depender a forma que essa exploração é realizada, ela pode não ser sustentável.

147 A definição mais aceita de sustentabilidade é do relatório Brundland da ONU, (1987) “desenvolvimento sustentável é aquele que atende as necessidades das gerações atuais sem comprometer a capacidade das gerações futuras de atenderem a suas necessidades e aspirações” (Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento. *Nosso Futuro Comum*. Rio de Janeiro: FGV. 2ª edição. 1991).

148 “Se a restrição ao direito de construir advinda da limitação administrativa causa aniquilamento da propriedade privada, resulta, em favor do proprietário, o direito à indenização. Todavia, o direito de edificar é relativo, dado que condicionado à função social da propriedade. Se as restrições decorrentes da limitação administrativa preexistiam à aquisição do terreno, assim já do conhecimento dos adquirentes, não podem estes, com base em tais restrições, pedir indenização ao Poder Público.” (RE 140.436, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 25-5-1999, Segunda Turma, DJ de 6-8-1999.) No mesmo sentido: AI 526.272-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 1º-2-2011, Segunda Turma, DJE de 22-2-2011.

diferenças, tratando-se na verdade do mesmo instituto<sup>149</sup>.

Não se adota tal posicionamento no presente trabalho, apesar de umbilicalmente ligados, os institutos não se confundem, muito menos a forma de proteção e promoção desses.

Há, contudo, um claro conflito quando a propriedade não é funcionalizada, seja por ofender à Função Social da Propriedade, seja por não observância da Função Social da Posse<sup>150</sup>.

É possível que haja conflito entre a posse funcionalizada de uma coisa e a propriedade não funcionalizada

Tradicionalmente, o nosso ordenamento jurídico tem seguido a tratando esse conflito ora prevalecendo a propriedade, ora prevalecendo a posse funcionalizada. O critério que se tem adotado para favorecer a posse tem sido o decurso do tempo.

O critério do decurso do tempo tem sido utilizado como forma de consolidação da situação fática, em contraponto à previsão meramente jurídica. O ordenamento, portanto, passa a validar as relações jurídicas que se encontravam à marginalidade<sup>151</sup>.

---

149No presente trabalho, como já afirmado, não adotamos tal entendimento. Como afirmado: a concepção de Função Social da Posse seria essencial para compreender certos direitos e garantias provenientes da posse, independentemente da propriedade, inclusive o abuso do direito de usucapião, ainda não reconhecido pelos tribunais.

150Com efeito, é possível que haja ofensa simultaneamente, ou alternativamente, aos dois institutos. No caso do imóvel passível de desapropriação judicial privada, temos que o imóvel desobedece aos dois comandos, uma vez que há previsão legal de perda da propriedade e não há a sua utilização. Um caso em que haveria ofensa à Função Social da Propriedade, mas não haveria ofensa à Função Social da Posse, seria o caso de excesso de poluição sonora causada em um imóvel, posto não ofender o acesso aos direitos fundamentais, mas tão somente ofender direitos de ordem infra-constitucionais. Noutro sentido, a casa que se encontra abandonada, mas não oferece nenhum risco à saúde da vizinhança, não está funcionalizada por ofensa à função da posse, mas atende à função da propriedade, caso o proprietário proceda aos cuidados exigidos em Lei.

151BRASIL. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 859832/RS. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 16/02/2015, Data de Publicação:



DJe-035 DIVULG 23/02/2015 PUBLIC 24/02/2015 EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO E CIVIL. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. IMÓVEL PÚBLICO. OCUPAÇÃO IRREGULAR. IMPOSSIBILIDADE DA ANÁLISE DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL E DO REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO: INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. AGRAVO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. Relatório 1. Agravo nos autos principais contra inadmissão de recurso extraordinário interposto com base no art. 102, inc. III, al. a, da Constituição da República contra o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. REQUISITOS PREENCHIDOS. Em se tratando de ação reivindicatória, três são os requisitos essenciais para o reconhecimento do pedido: a prova da propriedade do demandante, a posse injusta exercida pela ré e a perfeita individuação do imóvel. Domínio comprovado. Imóvel perfeitamente identificado. Posse injusta a contar da citação. Apelantes que estão ocupando o bem sem amparo jurídico para tanto. Pressupostos demonstrados. Prevalência do direito do município, titular de domínio, sobre o direito dos invasores. Segurança jurídica. Direito social à moradia mitigado pela propriedade pública. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. UNANIME” (fl. 195). 2. Os Agravantes alegam contrariedade aos arts. 5º, inc. XXIII, 6º, e 128, § 2º, da Constituição da República. Asseveram, no recurso extraordinário, “o total abandono do imóvel (...) e que cumprem a função social da propriedade, atendendo as normas do plano diretor, ( ) negligenciadas pelo proprietário [do bem]” (fl. 208). 3. O Tribunal de origem inadmitiu o recurso extraordinário ao fundamento de incidência da Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal. Examinados os elementos havidos nos autos, DECIDO. 4. O art. 544 do Código de Processo Civil, com as alterações da Lei n. 12.322/2010, estabeleceu que o agravo contra inadmissão de recurso extraordinário processa-se nos autos do recurso, ou seja, sem a necessidade de formação de instrumento, sendo este o caso. Analisam-se, portanto, os argumentos postos no agravo, de cuja decisão se terá, na sequência, se for o caso, exame do recurso extraordinário. 5. Razão jurídica não assiste aos Agravantes. 6. O Desembargador Relator no Tribunal de origem afirmou: “É importante ressaltar que, no presente caso, a injustiça da posse deve residir na ausência de título que ampare a sua aquisição, independentemente de clandestinidade, violência ou precariedade. Mesmo se de boa-fé, a posse cede ao domínio na reivindicatória. Sobre posse injusta para fins de ação reivindicatória, Haendchen e Letteriello entendem que: ‘(...) a posse injusta é a detenção ou a posse sem título de propriedade ou sem o caráter de posse direta adquirida por meio das vias adequadas (...)’ . Não há dúvidas de que a posse exercida pelos demandados sobre o bem encontra-se desamparada de título, ou seja, não se mostra justa. ( ) Não há como justificar a permanência de invasores no imóvel, ainda que os recorrentes não tenham onde residir. Prevalece o direito do município sobre o direito do invasor, sob pena de comprometer a segurança jurídica e levando em conta a prevalência do interesse público sobre o privado” (fl. 198, grifos nossos). 7. A apreciação do pleito recursal demandaria análise do conjunto probatório constante dos autos, inviável de ser adotado validamente em recurso extraordinário, conforme dispõe a Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal: 8. O reexame do acórdão impugnado exigiria, ainda, a interpretação da legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Código Civil e Lei n. 10.257/2001, Estatuto da Cidade). Assim, a alegada contrariedade à Constituição da República, se tivesse ocorrido, seria indireta, o que não viabiliza o processamento do recurso extraordinário: “AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. ANULAÇÃO DE DOAÇÃO. PRESCRIÇÃO RECONHECIDA. USUCAPIÃO. RECONHECIMENTO. VIOLAÇÃO AO ART. 5º, LIV, DA CONSTITUIÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. NECESSIDADE DE REAPRECIAÇÃO DOS FATOS E MATERIAL PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA 279/STF. O tema constitucional do apelo extremo não foi objeto de análise prévia e conclusiva pelo Tribunal de origem. Incidência das Súmulas 282 e 356/STF. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal afasta o cabimento de recurso extraordinário para o questionamento de alegadas violações à legislação infraconstitucional, sem que se discuta o seu sentido à luz da Constituição. Precedentes. Para dissentir da conclusão do acórdão recorrido, seria necessário

nova apreciação dos fatos e do material probatório constante dos autos. Incidência da Súmula 279/STF. Agravo regimental a que se nega provimento” (AI 845.005-AgR-segundo, Relator o Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 25.3.2014, grifos nossos). “DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. POSSE. REQUISITOS. ART. 1.228 DO CÓDIGO CIVIL. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NÃO CONFIGURADA. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 5º, LIV E LV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. EVENTUAL VIOLAÇÃO REFLEXA DA LEI MAIOR NÃO VIABILIZA O MANEJO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 29.9.2010. Inexiste violação do artigo 93, IX, da Constituição Federal. Na compreensão desta Suprema Corte, o texto constitucional exige que o órgão jurisdicional explicita as razões de seu convencimento, sem necessidade, contudo, do exame detalhado de cada argumento esgrimido pelas partes. Precedentes. O exame da alegada ofensa ao art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal, dependeria de prévia análise da legislação infraconstitucional aplicada à espécie, o que refoge à competência jurisdicional extraordinária, prevista no art. 102 da Constituição Federal. As razões do agravo regimental não são aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada, mormente no que se refere à ausência de ofensa direta e literal a preceito da Constituição da República. Agravo regimental conhecido e não provido” (ARE 755.255-AgR, Relatora a Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 22.4.2014, grifos nossos). “Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Sobrestamento do feito. Descabimento. Precedente. 3. Alegada deficiência de fundamentação. AI-QO-RG 791.292, DJe 13.8.2010. Reafirmação da jurisprudência. A Constituição Federal exige que o acórdão ou a decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem estabelecer, todavia, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas. 4. Controvérsia referente às restrições ao direito de propriedade e à natureza da área em questão. Discussão de índole infraconstitucional e necessidade do revolvimento do conjunto fático-probatório (Súmula 279). Situações vedadas no âmbito do recurso extraordinário. Precedentes. 5. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 6. Agravo regimental a que se nega provimento” (AI 677.909-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 11.12.2012, grifos nossos). “AGRAVO REGIMENTAL. OCUPAÇÃO DE BEM PÚBLICO POR PARTICULAR. MANUTENÇÃO DE POSSE. REEXAME DE PROVAS E DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE. Para se chegar a conclusão diversa daquela a que chegou o acórdão recorrido, seria necessário o exame prévio da matéria fática, o que encontra óbice na Súmula 279 do STF. Impossibilidade de reexame de legislação infraconstitucional na esfera do recurso extraordinário. Agravo regimental a que se nega provimento” (ARE 685.852-AgR, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 5.10.2012, grifos nossos). “AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OCUPAÇÃO DE TERRA INDÍGENA POR PARTICULAR. AUSÊNCIA DE INTERESSE JURÍDICO-PROCESSUAL DO MUNICÍPIO DE PACARAÍMA E DO ESTADO DE RORAIMA. FALTA DO NECESSÁRIO PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. ANÁLISE DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. INCURSIONAMENTO NO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 279 DO STF. RECURSO QUE NÃO SE INSURGE CONTRA TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 287 DESTA CORTE E ARTIGO 317, § 1º, DO RISTF” (AI 799.650-AgR, Relator o Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 3.5.2012, grifos nossos). “Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Direito Civil. Ação reivindicatória. Execução. Imissão de posse. Princípio do devido processo legal. Legislação infraconstitucional. Ofensa reflexa. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Precedentes. 1. Inadmissível, em recurso extraordinário, a análise da legislação infraconstitucional e o reexame de fatos e provas dos autos. Incidência das Súmulas nºs 636 e 279/STF. 2. A afronta aos princípios da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, quando depende, para ser reconhecida como tal, da análise de normas infraconstitucionais, configura apenas ofensa indireta ou reflexa à Constituição da República. 3. Agravo regimental não provido” (ARE 721.865-AgR, Relator o Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 28.5.2013, grifos nossos). “AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE

É que, nem sempre, haverá uma coincidência entre as soluções comumente reputadas como preservadoras da segurança jurídica, daquelas que levam à uma maior segurança social<sup>152</sup>.

Não obstante, o bem imóvel não funcionalizado não atende às necessidades humanas básicas, nem satisfazem os direitos fundamentais. Não deve o magistrado, de forma leviana, sobrepor a segurança jurídica sem qualquer critério. A Lei trás como critérios para estabilização das relações jurídicas certo lapso temporal. É o caso de usucapião ou da desapropriação judicial privada, no qual a lei estabelece um determinado lapso temporal para que a consolidação da posse funcionalizada se sobreponha à propriedade não funcionalizada.

### 3.3. A POSSE-TRABALHO E A POSSE-MORADIA COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como já exposto, a doutrina tem caminhado para o entendimento que a posse constitui direito autônomo, independentemente da propriedade, não mais um simples

---

INSTRUMENTO. DIREITO CIVIL. AÇÃO REIVINDICATÓRIA E RECONVENÇÃO. CONTRATO DE COMPRA E VENDA. IMPOSSIBILIDADE DA ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL E DO REEXAME DE PROVAS (SÚMULA 279). OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO” (AI 582.542-AgR, de minha relatoria, Primeira Turma, DJe 20.2.2009, grifos nossos). Nada há, pois, a prover quanto às alegações dos Agravantes. 9. Pelo exposto, nego seguimento ao agravo (art. 544, § 4º, inc. II, al. a, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Publique-se. Brasília, 16 de fevereiro de 2015. Ministra CÁRMEN LÚCIA Relatora

152 “É possível encontrar circunstâncias de conflito entre valores jurídicos e sociais, e, em tais momentos, vislumbra-se que a segurança jurídica não se sustenta quando apenas amparada pelo Estado ou pelas suas instituições normativas. O Estado garante a segurança jurídica em ocasiões normais, sustentando o ritmo tradicional da reprodução social, sem muitos abalos estruturais da sociedade, no dia a dia. Para essas questões que não representam abalos candentes nas estruturas da própria dinâmica social, aí sim o que garante a segurança jurídica é a própria previsão normativa do Estado, quase sempre aplicada diretamente pelo Poder Judiciário. Nesse momento, a segurança jurídica está atrelada à norma, está atrelada à própria estrutura do direito positivo. Mas é preciso lembrar que, em muitos momentos, há circunstâncias, discussões ou pontos de ruptura extremos no seio dessas estruturas” (MASCARO, Alysson Leandro Barbate. O Contexto Sociológico da Segurança Jurídica e da Discrecionabilidade Judicial in *Revista Acadêmica 3ª Região Escola de Magistrados da Justiça Federal*. São Paulo, Ano II, nº 3, janeiro - junho de 2011, p. 27).

fato da vida. O homem necessita de apropriar de determinados bens, para garantia de sua dignidade.

De forma análoga à teoria do patrimônio mínimo, é possível se falar que há a necessidade de haver uma *apropriação mínima* com o intuito de satisfação dos direitos fundamentais mais básicos do ser humano.

Entretanto, estabelecer um liame direto entre a posse e os direitos fundamentais não constitui tarefa tão óbvia, uma vez que a Constituição Federal não tratou da posse de maneira tão expressa quanto o fez em relação à propriedade<sup>153</sup>. Trata-se de interpretação sistemática e social da Constituição, verificando sua adequação na realidade social a aplicação dos princípios jurídicos nela encartados.

Por uma questão histórica, é comum a inexistência de propriedade formal dos imóveis, especialmente pela dificuldade na regularização fundiária, tanto dos centros urbanos quanto do meio rural.

Muitas vezes a posse se torna na principal forma de aproveitamento dos bens. A posse, sem dúvida, tem grande importância social, embora desprovida da segurança jurídica da propriedade. A estabilização da relação jurídica oriunda da posse tem ganhado grande relevo no ordenamento jurídico, especialmente após o advento da Constituição federal de 1988.

Embora não se tenha exatidão, o Ministério das Cidades estima que doze milhões de famílias vivam em assentamentos urbanos irregulares no país, havendo

---

153 Cf. ZAVASCKI, Teori Albino. A tutela da posse na Constituição e no Novo Código Civil. *In Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 5, p. 50-61, jan./jun. 2005. "Autonomia pela funcionalidade A Constituição Federal, que estabelece enfaticamente ser "garantido o direito de propriedade" (art. 5º, XXII), não tem dispositivo semelhante em relação à posse. A disciplina da posse, e a correspondente tutela jurídica, se dá implícita e indiretamente, na medida e em consideração àquilo que ela representa como concretização do princípio da função social das propriedades. Com efeito, já se afirmou que tal princípio diz respeito à utilização dos bens e, como tal, refere-se a comportamentos das pessoas - proprietários ou não proprietários - que detém o poder fático, a efetiva disposição dos bens, assim considerados no seu mais amplo sentido. Ou seja: é princípio que se dirige ao possuidor, independentemente do título da sua posse".

assentamentos irregulares em todos os centros urbanos com população superior a 500 mil habitantes<sup>154</sup>.

Os esforços do poder público em regularizar a situação fundiária no Brasil demonstram a importância da propriedade formal sobre bens imóveis, tanto sob a perspectiva da segurança jurídica, quanto pela facilidade de destinação econômica.

Nesse diapasão, a posse-moradia, enquanto espécie de posse direta de bem imóvel destinado à moradia do indivíduo e de sua família, é imprescindível para efetivação do direito fundamental à moradia.

Ainda que a posse-moradia recaia sobre imóvel alheio, cuja posse direta é viabilizada por diversas razões (invasão, locação, comodato), não é possível a efetivação do direito à moradia sem a posse, ou ao menos detenção, de bem imóvel.

Em verdade, há verdadeira confusão entre a posse-moradia e a própria efetivação do direito à moradia.

A posse-trabalho constitui-se como a posse direta de bem, móvel ou imóvel, para utilização como meio de produção e geração de renda, dando-lhe uma destinação econômica. É o caso de apossamento de imóvel para montar um pequeno negócio, um comércio de bairro, uma creche.

A inclusão dessa espécie de posse como uma das hipóteses de desapropriação judicial privada é importante avanço, se comparar-se ao usucapião multitudinário, inserido na Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001 (Estatuto das Cidades), que disciplinou o art. 183 da Constituição Federal.

Nessa hipótese de usucapião, se limita a utilização à moradia de “famílias de baixa-renda”<sup>155</sup>. Não se pode limitar as necessidades de famílias à moradia, nem

---

154cf. ROLNIK, Raquel (org.). *Regularização Fundiária Plena: referências conceituais*. 1. ed. Brasília: Ministério das Cidades, 2007. v. 1. p. 4

155O termo “*baixa-renda*” é usada expressamente no texto normativo. Alerta-se pelo erro de técnica

limitar a proteção e promoção de direitos fundamentais aos grupos em situação de vulnerabilidade social.

Ao se incluir a posse-trabalho, valorizou-se o protagonismo do núcleo familiar pela melhora de suas próprias condições de vida. Sem embargos, a proteção dos meios de subsistência da família obedecem aos ditames constitucionais, especialmente ao direito fundamental ao trabalho (art. 6º, *caput* da Constituição Federal) e combate à pobreza (art. 3º, III da Constituição Federal).

Assim, tanto a posse-trabalho quanto a posse-moradia são importantes meios de efetivação dos direitos fundamentais insertos na Constituição Federal de 1988.

---

jurídica e de ortografia da lei. Melhor seriam expressões como “hipossuficientes”, “em situação de vulnerabilidade social”. Com efeito, uma família poderá ultrapassar os critérios de “*baixa-renda*”, sem sair da condição de vulnerabilidade social, devido a outros fatores (doença grave de algum de seus membros que demande um gasto mais vultoso da família, e.g.).

## 4. O REGIME JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DOS BENS IMÓVEIS PÚBLICOS E O

### INTERESSE PÚBLICO

#### 4.1. CLASSIFICAÇÃO E AFETAÇÃO DE BENS PÚBLICOS

Para persecução dos interesses públicos e exercício das mais variadas atividades que atendam às necessidades da sociedade, se faz preciso que a administração pública reserve um patrimônio. São bens móveis, imóveis; materiais e imateriais, todos eles, de maneira direta ou indireta, estão voltados para a satisfação das necessidades dos cidadãos.

Dessa forma, não basta que a Administração Pública detenha certos poderes jurídicos, prerrogativas ou regimes legais próprios, é imprescindível que direitos reais sobre coisas integrem a esfera patrimonial jurídica das pessoas jurídicas que compõem o poder público<sup>156</sup>, tendo, à sua disposição, bens para a realização de seu fito.

Urge conceituar o que seriam bens, coisas e bens públicos. Para Caio Mário da Silva Pereira, bens seriam tudo aquilo que agrada ao homem, que pode ser valorado pelas pessoas.

Não se trata apenas de algo com algum valor econômico, podendo ser compreendido também como algo abstrato, o nome, um sentimento, enquanto que *bens jurídicos* seriam os bens que satisfazem as necessidades e desejos humanos, amparados no ordenamento jurídico, excluindo-se, portanto, os bens estritamente morais, solicitações estéticas ou anseios estritamente espirituais.

---

<sup>156</sup>Cf. MEDAUAR, Odete. DIREITO ADMINISTRATIVO MODERNO. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004, 8ª Edição. p. 279

Os bens ainda seriam caracterizados como *bens em sentido estrito e coisas*. Enquanto que coisa seria os bens corpóreos, ou seja, bens materiais. Os bens em sentido apertado seriam os bens imateriais, enquanto que as coisas seriam os bens concretos, materiais, apalpáveis e sensitivos. Haveria entre os dois conceitos uma relação de gênero (bens) e espécie (coisas)<sup>157</sup>.

Já para Sílvio Rodrigues, coisa é tudo aquilo que se encontra na natureza, excetuando-se as pessoas. Enquanto que os bens seriam as coisas suscetíveis de apreciação econômica, para satisfação humana<sup>158</sup>. Os bens seriam portanto sempre jurídico, uma vez que não pudessem ser objeto de negócios jurídicos, seriam apenas *coisas*<sup>159</sup>.

Aqui, inversamente da conceituação de Caio Mário, coisas são gênero, enquanto bens é espécie desse gênero. Por esse conceito, coisa seria aquilo que não é sujeito de direito, mas tão somente objeto, enquanto que bens seriam as coisas que adquirissem certa valorização econômica ou social.

Se faz necessário enlanguescer o conceito de bem. Nem tudo que é útil ao ser humano pode ter alguma apreciação econômica. Exemplo é certo bens que não podemos determiná-los economicamente, mas são úteis e necessários ao homem (atmosfera, mar, paisagem).

Para o presente trabalho, adotaremos o conceito de coisa trazido pelo código civil de 2002, presente na obra de Sílvio Rodrigues, apenas ampliando o conceito de bem para toda e qualquer coisa que possua alguma utilidade para o homem.

Nesse sentido, bem público é todo e qualquer bem cuja titularidade recaia,

---

157Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Volume I. Rio de Janeiro: Forense. 2011, 24ª edição. pp. 335-336.

158Para Sílvio Rodrigues, aqueles bens em abundância que, apesar de passíveis de apropriação privada, não tivessem valoração econômica, não deveriam ser considerados enquanto bens, mas como coisas.

159Cf. RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: Parte Geral*. Volume 1. São Paulo: Saraiva. 2007, 34ª edição, p. 115.



diretamente ou não, sobre a coletividade, seja pelas pessoas políticas, seja pelas pessoas públicas, ou, em alguns casos, pelas pessoas privadas.

Desde tempos imemoriáveis, subsistiam bens públicos, eram bens que não pertenciam a ninguém em particular, entretanto as autoridades constituídas ou a comunidade de maneira geral possuíam a atribuição de zelar por essas coisas, mantendo-lhe a funcionalidade e garantindo o acesso.

No Direito Romano, havia, entre as coisas humanas fora do comércio<sup>160</sup> (*res humani iuris extra commercium*) uma classificação entre *res communes*, *res publicae* e *res universitatis*.

As coisas públicas eram aquelas com expressão econômica, podendo serem utilizadas individualmente, porém podendo ser usadas individualmente (como os portos). As coisas públicas não poderiam ser usadas individualmente, pertenciam difusamente a todos. As coisas universais eram destinadas ao uso comum das pessoas, mas havia um direito de propriedade que recaía sobre a coisa em favor da comunidade (como teatros).

Ainda existia a *res in penucia populi*, bens de regime jurídico semelhante ao privado, mas cuja titularidade pertencia à comunidade.

Essa divisão no Direito Romano, remete a uma das principais classificações dos bens imóveis públicos, qual seja os bens considerados quanto à sua afetação. Em verdade, afetação significa a destinação que se é dada ao bem pública. Assim, o regime jurídico ao qual esse bem pode, ou não, estar submetida.

Importa destacar que, em regra, todos os bens públicos se submetem ao regime jurídico público, o qual se distancia do regime de dominialidade privada no

---

<sup>160</sup>No Direito Romano as coisas fora do comércio eram mundanas ou divinas. As coisas divinas não pertenciam à esfera pública, com efeito, sequer pertenciam à esfera humana.

tocante aos deveres e aos direitos decorrentes da titularidade do bem<sup>161</sup>.

O regime jurídico dos bens públicos é caracterizado pela indisponibilidade do interesse público, impenhorabilidade dos bens públicos, alienabilidade condicionada, imprescritibilidade e não oneração.

Um dos principais princípios que diferencia a atuação do titular público e o privado é justamente a *indisponibilidade do interesse público*<sup>162</sup>. Como o titular último do bem privado é o seu proprietário, esse tem a liberdade de dispor do bem, desde que não fira as funções sociais da propriedade e da posse. Já por ocasião dos bens públicos, apesar do proprietário seja o ente público, o seu titular última é o povo, entendido de forma difusa, incluindo as gerações vindouras.

Pela indisponibilidade do interesse público, não basta que o agente se abstenha de dispor livremente dos bens públicos, mas se faz necessários que observe a destinação dada a esses bens. O Supremo Tribunal Federal, por reiteradas decisões<sup>163</sup>, entende que a não utilização de fato de bens públicos

---

161 Cf. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. op. cit.. p. 280.

162 “todo o sistema de direito administrativo, a nosso ver, se constrói sobre os mencionados princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e indisponibilidade do interesse público pela Administração” (Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 28. “os bens e interesses públicos não pertencem à Administração nem a seus agentes. Cabe-lhes apenas geri-los e por eles velar em prol da coletividade, esta sim a verdadeira titular dos direitos e interesses públicos” (Cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p.131)

163 PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA. BEM DE PROPRIEDADE DE AUTARQUIA. ALEGADO DESVIO DE FINALIDADE. IMÓVEL AO QUAL NÃO SE DÁ DESTINAÇÃO ÍNSITA AOS OBJETIVOS PÚBLICOS DA AUTARQUIA (TERRENO BALDIO OU VAGO). ALEGADO ÔNUS DA AUTARQUIA-AGRAVADA DE COMPROVAR A CORRETA DESTINAÇÃO DADA AO BEM. NECESSIDADE DE REABERTURA DA INSTRUÇÃO. SÚMULA 279/STF. 1. Para concluir que a propriedade imóvel era imune à incidência do Imposto sobre Propriedade Territorial e Urbana - IPTU, o acórdão recorrido baseou-se em presunção que admite prova em contrário: a circunstância de o suposto contribuinte ser autarquia e, portanto, de dar correta destinação aos bens que possui. 2. A constituição do crédito tributário deve se submeter à atividade administrativa plenamente vinculada, de modo que deve a autoridade fiscal zelar pela correta mensuração da carga tributária, tal como autorizada pela legitimação democrática (regra da legalidade e princípios da indisponibilidade do interesse público e da propriedade). 3. Considerada a fundamentação utilizada pelo Tribunal de origem, a singela alegação de ser dever do contribuinte comprovar a presença dos requisitos para fruição da imunidade tributária não afasta a necessária obediência à

pertencentes à autarquia, por si só, possui o condão de afastar a imunidade tributária que trata o art. 150, VI da Constituição Federal Brasileira.

Cumprе ressaltar que é comum na doutrina a afirmação que o regime jurídico dos bens públicos é marcado pela inalienabilidade. Não obstante, tal proposição deriva de análise superficial sobre o tema. Hodiernamente, vigora a alienabilidade condicionada<sup>164</sup>.

Com efeito, o que subsiste é a regra na inalienabilidade, salvo quando tal condição é revertida por meio de norma jurídica específica proveniente de processo adequado. O que importa é que os bens públicos, móveis ou imóveis, poderão ser alienados, desde que a norma jurídica em concreta tenha sido prolatada dentro de um procedimento adequado para tanto<sup>165</sup>.

O Código Civil de 2002, em seu art. 100, estabelece que determinados bens públicos afetados a fins específicos não poderão ser alienados, enquanto perdurar tal natureza<sup>166</sup>. A Constituição Federal, ainda, traz em seu bojo casos de bens

---

vinculação do processo de lançamento tributário. Aplica-se ao caso a Súmula 279/STF. Agravo regimental a qual se nega provimento. (STF - AI: 526787 MG , Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 23/03/2010, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-081 DIVULG 06-05-2010 PUBLIC 07-05-2010 EMENT VOL-02400-06 PP-01291)

<sup>164</sup>Cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2014, edição. p. 1135.

<sup>165</sup>No termos do art. 22, XXVII da Constituição Federal, é de competência da União a criação de lei geral tratando da contratação e licitação em âmbito de todas as esferas do poder. Por força do art. 37, XXI, a alienação deverá ser precedida, sempre, de licitação. Assim, adveio a Lei Ordinária nº8.666/93, que em seu art. 17, I determina que a norma específica para alienação de bem imóvel público deve ser proveniente de processo legislativo comum, ou seja a norma é formalmente uma Lei Ordinária. Em controle concentrado da Lei 8.666/93, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião da ADI 927-3, entendeu que o texto constitucional apenas determinou que a União deveria dispor sobre o procedimento, no caso concreto, em sede de liminar, suspendeu-se à vedação de doações aos Estados e Municípios constantes no art. 17, II, b da Lei 8.666/93, permanecendo legal as exigências procedimentais. Com efeito, a Constituição do Estado do Rio Grande do Norte, em seu art. 17 estabelece a necessidade de prévia autorização legislativa para alienação de bens imóveis, enquanto em seu art. 23 determina o mesmo aos Municípios. Nos casos de alienação de bem móvel público, basta um procedimento administrativo específico e posterior processo de licitação, nos termos do mesmo art. 17 da lei 8.666/93. Importante destacar que, em determinados casos, a norma jurídica em específico para a alienação poderá ser proveniente de processo judicial, sem prejuízo, como será visto, da separação dos poderes, devido processo legal ou princípio da legalidade.

<sup>166</sup>Interesse que certos bens públicos, por sua própria natureza, jamais poderão ter sua afetação

públicos inalienáveis, como o disposto no art. 225, §5º<sup>167</sup>.

Outra característica do bem público é sua impenhorabilidade. A penhora consiste em ato de constrição de bens do devedor, com fito de garantia de satisfação da dívida, em sede de ação judicial.

A impenhorabilidade dos bens públicos tem fundamento no art. 100 da Constituição federal, que determina que as dívidas das pessoas da Administração Pública se sujeitam ao sistema e precatórios.

A imprescindibilidade importa na impossibilidade de que a prescrição aquisitiva recaia sobre os bens públicos<sup>168</sup>, independentemente da natureza do bem público. Tem por fundamento o comando constitucional inscrito no art. 183, § 3º<sup>169</sup>.

Por fim, tem-se a não-onerabilidade de bens públicos. Importa em afirmar que não podem recair sobre os bens públicos ônus ou gravames, ou seja, direitos reais de garantia, como enfiteuse ou hipoteca. Tal proibição é advinda do sistema de precatórios para pagamentos de dívidas públicas<sup>170</sup>.

O critério da titularidade é eficaz para definição do regime jurídico do bem. Assim, bens que pertençam aos entes políticos (União, Estados, Municípios e o

---

alterada, seria o caso de bens públicos inalienáveis, já que a condição legal não encontra subsunção no mundo fático. Como exemplo, poderíamos trazer alguns monumentos históricos, parques ecológicos, bens de uso comum do povo, cuja realidade fática impossibilite, por completo, sua desafetação.

167 Por força da exegese do art. 60, §4º, que trata das cláusulas pétreas, com interpretação extensiva, dada pelo Supremo Tribunal Federal, pode-se entender que esse caso de inalienabilidade é irrevogável, mesmo por emenda à Constituição. Em verdade, nesse caso, trata-se de verdadeira proteção de direito fundamental difuso, insuscetível de retrocesso.

168 Prescrição aquisitiva é uma forma de aquisição de direito pelo decurso do tempo, no caso, tratamos de direito de propriedade. É o usucapião. (Cf. RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Coisas*. Rio de Janeiro: 2013: Forense. 6ª edição. p. 264.

169 Importante destacar alguns limites que o Supremo já consolidou sobre a impossibilidade do usucapião de bem imóvel público. Essa limitação recai sobre a propriedade, podendo subsistir outras formas de aquisição de direitos reais pelo decurso do tempo (Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 218.324*. Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 20-4-2010, Segunda Turma, DJE de 28-5-2010).

170 Cf. CARVALHO FILHO. *Manual de Direito Administrativo*. op. cit. p. 1139.

Distrito Federal) seriam bens públicos por excelência. Enquanto aos bens de titularidade da Administração Pública Indireta, fica fácil identificar como bens públicos aqueles de titularidade de autarquias ou fundações de direito público.

A definição do regime jurídico dos bens pertencentes à administração pública indireta, quando a pessoa jurídica é de direito privado, não é tão clara. A doutrina não tem posicionamento determinado quanto ao regime jurídico de seus bens pertencentes às Empresas Públicas, às Sociedades de Economia Mista e às Fundações Públicas de Direito Privado.

Comumente, a justiça trabalhista tem determinado a possibilidade de penhora dos bens dessas pessoas jurídicas, quando exploradoras de atividade econômica, para satisfação de créditos de jaez trabalhista<sup>171</sup>.

A doutrina ainda aponta que apenas os bens pertencentes aos entes privados prestadores de serviço públicos ou aqueles que exercem atividade econômica em sentido estrito sob o regime de monopólio poderiam ser considerados como bens públicos<sup>172</sup>. Esse, inclusive, é o entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal<sup>173</sup>.

---

171 AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. EXECUÇÃO. PENHORA - INDICAÇÃO DE BENS IMÓVEIS - BLOQUEIO ATRAVÉS DO SISTEMA BACEN-JUD - ORDEM DE PREFERENCIA . EXECUÇÃO POR PRECATÓRIO E IMPENHORABILIDADE DE BENS - PRIVILÉGIOS DA FAZENDA PÚBLICA - SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA ESTADUAL - IMPOSSIBILIDADE. A admissibilidade do recurso de revista contra acórdão proferido em agravo de petição depende de demonstração inequívoca de afronta direta à Constituição da República. Aplicabilidade da Súmula nº 266/TST e do art. 896, § 2º, da CLT. Agravo desprovido. (TST - AIRR: 218005920055220103 21800-59.2005.5.22.0103, Relator: Renato de Lacerda Paiva, Data de Julgamento: 25/06/2013, 2ª Turma)

172 Com efeito, a restrição não deveria ser tão grande. Parte balizada da doutrina administrativa comparada fala em Atividades Econômicas de Interesse Social. Seriam determinadas atividades econômicas essenciais ao sistema financeiro como um todo, ou imprescindível à vida humana. Assim, essas atividades poderiam ser exercidas pelo Estado, indiretamente, por meio de seus agentes. (Cf. CUÉTARA, J. M. DE LA; LÓPEZ-MUNIZ, J.L. Martínez. El nuevo servicio público. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 15)

173 O presente recurso extraordinário revela-se processualmente viável, eis que se insurge contra acórdão que decidiu a causa em desconformidade com a orientação jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal firmou na matéria em exame. Com efeito, a colenda Segunda Turma desta Suprema Corte, ao julgar o ARE 698.357-AgR/RS, Rel. Min. CARMEN LÚCIA, fixou

Não obstante, sob a ótica do Direito Financeiro, nos termos do art. 70 da Constituição Federal de 1988, quaisquer bens pertencentes à Administração Pública indireta são suscetíveis de controle, como se bens públicos fossem.

Portanto, para caracterizar um bem enquanto público, se faz necessário observar dois critérios. O primeiro é o da titularidade, qualquer bem que pertença às pessoas jurídicas de direito pública serão, inafastavelmente, considerados bens públicos. Já os bens pertencentes às pessoas jurídicas de Direito Privado pertencentes à Administração Pública indireta, além da titularidade, se faz necessário observar a afetação do bem, ou seja, qual a destinação dada ao bem.

Se a afetação for para atividades de interesse público, seja serviços públicos ou atividades econômica de interesse público, fica evidente a natureza pública do bem. Entretanto, se a destinação do bem não for um desses casos, o bem será tanto um bem público quanto um bem privado.

Essa natureza dúbia é evidente pelo fato de que regras e princípios do Direito público (como o controle externo sobre o bem) jamais serão afastados por completo, mas coexistirão sobre a mesma coisa.

Quanto aos bens públicos, subsiste uma classificação de suma importância

---

entendimento que torna plenamente acolhível a pretensão deduzida pela parte ora recorrente: “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO EM REGIME NÃO CONCORRENCIAL: APLICABILIDADE DO REGIME DE PRECATÓRIO. JULGADO RECORRIDO DIVERGENTE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL. AGRAVO E RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDOS. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.” Cumpre ressaltar, por necessário, que esse entendimento vem sendo observado em julgamentos proferidos no âmbito desta Suprema Corte (RE 712.648/RS, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – RE 712.651/RS, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, v.g.). O exame da presente causa evidencia que o acórdão impugnado em sede recursal extraordinária diverge da diretriz jurisprudencial que esta Suprema Corte firmou na análise da matéria em referência. Sendo assim, e em face das razões expostas, conheço do presente recurso extraordinário, para dar-lhe provimento (CPC, art. 557, § 1º-A), em ordem a determinar que se observe, em relação à parte ora recorrente, o regime constitucional de precatórios a que alude o art. 100 da Constituição Federal. Publique-se. Brasília, 28 de maio de 2014. Ministro CELSO DE MELLO Relator (STF - RE: 712810 DF , Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 28/05/2014, Data de Publicação: DJe-107 DIVULG 03/06/2014 PUBLIC 04/06/2014)

para o presente trabalho, é a classificação segundo sua afetação. Os bens públicos poderão ser considerados como (i) bens de uso comum do povo; (ii) bens especiais; (iii) bens dominicais.

A afetação diz respeito à destinação a qual é dada os bens públicos. Com efeito, afetação não é um instituto do Direito Administrativo, mas tem suas origens no Direito Civil. Significa a oposição de encargo, ônus ou finalidade específica a um bem imóvel, público ou privado. No âmbito administrativo, importa na destinação a qual se dá o bem público<sup>174</sup>.

Essa classificação tem por base a classificação romana exposta alhures. No novo Código Civil de 2002, essa classificação se encontra prevista no art. 99 e incisos, prevendo em seu parágrafo único como bem público dominical aos pertencentes à Administração Pública Indireta de Direito Privado, apesar da divergência doutrinária e jurisprudencial já exposta.

Os bens de uso comum do povo são aqueles que, sem uma afetação específica, servem à coletividade. Podem ser usados diretamente pelas pessoas, sua fruição normal, em regra, prescinde de autorização especial. Podem pertencer a quaisquer das esferas de poder (União, Estado, Municípios ou Distrito Federal). São exemplos comumente trazido à baila pela doutrina: logradouros públicos, praias, parques.

Entretanto, a liberdade dada ao indivíduo para utilização dos bens de uso comum do povo não elidem a cobrança excepcional de preço público para sua utilização<sup>175</sup>, muito menos limitam o poder de polícia da Administração Pública para

---

174Cf. SILVA, De Plácido e. *VOCABULÁRIO JURÍDICO*. Verbete: Afetação. Rio de Janeiro: Forense. 2007, 27ª edição, p. 72.

175Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que negou seguimento a recurso extraordinário interposto de acórdão assim do: "APELAÇÃO. AÇÃO ANULATÓRIA. USO DE BEM PÚBLICO. USO COMUM DO POVO. LEI MUNICIPAL DISCIPLINANDO A OCUPAÇÃO. COBRANÇA DE PREÇO. LEGALIDADE. Todos os bens públicos são passíveis de uso especial por particulares, mediante contrato ou ato unilateral da Administração. Ninguém tem direito natural a uso especial de bem público. A concessionária do serviço público deve se submeter à legislação municipal

evitar a utilização desses bens de maneira diversa à sua destinação<sup>176</sup>.

Quanto aos bens públicos dominicais<sup>177</sup>, sua definição acaba por ser residual,

---

para a ocupação de vias públicas e sujeitar-se a retribuição pecuniária se assim for exigido. Competência legislativa se contém no art. 103 do Código Civil. Honorários advocatícios bem sopesados, tendo em vista a importância e natureza da causa, que, se obtivesse sucesso, beneficiaria várias entidades empresariais (art. 20, § 4.º, do CPC). Preliminar rejeitada. Apelação desprovida." (fl. 386). No RE, fundado no art. 102, III, a e d, da Constituição, alegou-se ofensa, em suma, aos arts. 5º, II, 21, 22, 30, I, 37, 145 e 156 da mesma Carta. O agravo perdeu o objeto. Isso porque, em consulta ao sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, verifica-se que foi dado parcial provimento ao recurso especial da agravante, para reconhecer a ilegalidade da cobrança em face de concessionária de serviço público pelo uso de solo, subsolo ou espaço aéreo (REsp 863.577, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, com trânsito em julgado em 21/02/2011). Com efeito, restou prejudicado o recurso, pois com o parcial provimento do RESP pelo STJ, a recorrente obteve o mesmo resultado pretendido com o RE. Isso posto, julgo prejudicado o recurso (art. 21, IX, do RISTF). Publique-se. Brasília, 1º de março de 2011. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI - Relator - (STF - AI: 797225 RS, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 01/03/2011, Data de Publicação: DJe-045 DIVULG 09/03/2011 PUBLIC 10/03/2011)

176 Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que os logradouros públicos, que servem para livre circulação de bens e pessoas, não pode ser utilizado para outros fins, salvo autorização da Administração. Assim, a venda de produtos em calçadas, praças, ruas pode ser precedida de autorização expressa. EMENTA: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. INDÍGENAS. ESTATUTO DO ÍNDIO (LEI 6.001/73). COMERCIALIZAÇÃO DE ARTESANATO NAS CALÇADAS E LOGRADOUROS PÚBLICOS. DEVER-PODER DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONTROLE FISCALIZAÇÃO DO SOLO E DOS BENS DE USO COMUM DO POVO. LOCAL PRÓPRIO DISPONIBILIZADO. 1. Ação Mandamental proposta pelo Ministério Público Federal para permitir que os índios Kaingang comercializem, no Município de Balneário Camboriú/SC, seus produtos artesanais nas calçadas e logradouros públicos, sem a interferência da Administração Pública Municipal. 2. Com efeito, o Estatuto do Índio (Lei 6.001/1973) e a Constituição Federal de 1988 concedem aos indígenas tratamento diferenciado, visando à proteção e respeito da sua cultura e modo de viver. 3. No Direito brasileiro, não é livre o direito de comercializar produtos e serviços, submetendo-se a requisitos formais e materiais. 4. Os benefícios outorgados a qualquer grupo étnico ou social não constituem direitos absolutos, sendo, excepcionalmente, relativizados quando colidirem com o interesse público das presentes e futuras gerações, admitindo-se que o Administrador e o Juiz, por um processo de ponderação, busquem a harmonização dos valores e objetivos legais em conflito, sobretudo pelo oferecimento de alternativas adequadas às práticas que se pretende disciplinar ou limitar. 5. A Constituição da República (art. 30, I e VIII) concede ao Município a competência para regular e controlar o solo urbano e o tráfego de pessoas a fim de realizar adequado ordenamento territorial. 6. É vedado ao Poder Público utilizar-se de mecanismos de controle urbanístico-ambiental para, pela porta dos fundos, inviabilizar o comércio de artesanato pelos indígenas, atividade que, além de legalmente salvaguardada, deve ser estimulada e amparada pelo Estado, como forma de preservar a ameaçada cultura dos índios e garantir-lhes emprego e renda. 7. In casu, a Prefeitura de Balneário de Camboriú/SC ofereceu à comunidade indígena local específico para o comércio de suas atividades, qual seja a Praça Higino Pio, no centro da cidade, intitulada "Praça da Cultura". 8. Desse modo, não há falar em desrespeito aos direitos dos indígenas, tendo em vista que a Prefeitura agiu no âmbito de sua competência urbanística e apresentou alternativa para a realização do ato de comércio objeto da demanda. 9. Recurso Especial não provido. (STJ - REsp: 1103923 SC 2008/0248490-7, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 20/08/2009, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/04/2011)



posto se tratar de classificação mais abrangente. O antigo código civil dispunha que os bens dominicais eram aqueles que a administração pública direta possuía como se seus fossem.

A residualidade do conceito encontra-se no fato de que quaisquer bens que não estejam afetados ao uso da população em geral (uso do bem comum do povo), ou estevam destinados para a utilização direta da própria Administração Pública (bens especiais), termina por ser um bem dominical<sup>178</sup>.

Importante frisar que a afetação e a desafetação dos bens públicos são fatos administrativos dinâmicos e podem mudar no tempo. A afetação em si não se agrega à natureza do bem, tornando-se imutável, mas antes necessita da destinação real que a Administração dá a determinado bem.

A afetação ou a desafetação poderá ser dada de maneira explícita ou implícita. Quando explícita se dá por meio de ato administrativo especial<sup>179</sup>. Quando implícita se dá pela própria utilização do bem naquela finalidade<sup>180</sup>.

Parte balizada da doutrina entende pela necessidade da desafetação ser precedida de um ato formal, enquanto que outra parcela da doutrina defende que a afetação não se constitui em um ato administrativo, mas em um fato, que poderá ter

---

177 Importa anotar que há um debate quanto à terminologia mais adequada, se dominial ou sominical. Alguns autores sustentam que ambas expressões são corretas, outros que uma ou outra forma é a mais correta. Carvalho Filho aponta como correta a posição de Cretella Júnior, como sendo bens dominiais o gênero dos bens pertencentes ao Estado, e dominicais como os bens sem afetação específica. O dicionário Aurélio sequer aponta essas expressões como sinônimas, mas como a mesma expressão, escrita de formas diversas. Esse é o posicionamento adotado neste trabalho.

178 Dessa maneira, são bens dominicais as terras devolutas, prédios públicos sem utilização específica, bens móveis inservíveis ou a dívida ativa.

179 Apesar da doutrina comumente se falar em *ato administrativo*, é possível que a afetação se dê por meio de ato de particulares, cuja natureza administrativa é duvidosa. É o caso do registro de loteamento, que afeta parte de seus bens ao uso comum do povo, apesar de ter a participação da administração por ocasião da aprovação do projeto e do ato da serventia registrária, o elemento volitivo do ato não provém da administração. Em verdade, também é possível a afetação pública de bem particular, como é o caso da desapropriação indireta.

180 Cf. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. op. cit. p. 285.

origem, ou não, em um ato formal anterior<sup>181, 182</sup>

Por fim, é importante ressaltar que mais que uma exteriorização da vontade da administração pública, a afetação consiste na efetiva utilização do bem público. Assim, afetação é a efetiva destinação de determinado bem a um fim especial.

#### 4.2. INTERESSE PÚBLICO E A PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE PÚBLICA

O regime jurídico da Administração Pública é regido por dois grandes superprincípios: a supremacia do interesse público e a indisponibilidade do interesse público

Com efeito, o Direito Administrativo trata da regulação da vida pública, do Estado, seus órgãos e agentes, sob a perspectiva administrativa<sup>183</sup>. O Direito Administrativo, enquanto sistema jurídico organizacional do Estado, só surge com o Estado de Direito, já na idade moderna. Antes, o poder público não dispunha de complexidade que demandasse tal ramo do Direito<sup>184</sup>.

---

181Cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. op. cit. p. 1134

182A possibilidade de haver, em tese, desafetação implícita não significa que esse tipo de desafetação é ilimitado. Diversos tribunais entenderam pela impossibilidade de desafetação implícita de bens provenientes de loteamento, pelo fato deles terem sido afetados por particulares, vedação do art. 17 da Lei de Loteamento, expressa quanto aos particulares, mas implícita quanto à administração pública (Cf. BRASIL. Santa Catarina. Tribunal de Justiça. *Embargos de Declaração na Apelação Cível Nº 2011.077456-3/0001.00* Relator: Francisco Oliveira Neto, Data de Julgamento: 09/06/2014, Segunda Câmara de Direito Público Julgado). Dessa sorte, mesmo subsistindo a possibilidade de desafetação implícita, em determinados casos, ela não será possível, especialmente se tratando de bens de uso comum do povo, haja vista se tratarem de bens que são utilizados diretamente pela população.

183A organização política do Estado não é objeto do Direito Administrativo, mas sim do Direito Constitucional. Em verdade, o Direito Administrativo termina por ser quase um ramo residual

184Cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. op. cit. p. 7. De mais a mais, sobo regime absolutista, havia verdadeira confusão entre a pessoa do monarca e do Estado. Tal confusão saltava aos olhos ao analisar os “bens da coroa”, que eram tanto os bens públicos, quanto os bens particulares da pessoa do monarca.

A escola francesa clássica costumava diminuir o conceito de Direito Administrativo ao conjunto de leis administrativas, subordinando o Direito aos textos normativos, enquanto que a escola italiana compreendia o Direito Administrativo enquanto àquele que regulava os atos típicos do poder executivo<sup>185</sup>.

Sem embargos, a melhor doutrina traz a concepção de Direito Administrativo como sendo o ramo do ordenamento jurídico que trata da Administração Pública<sup>186</sup>, e da atuação da Administração Pública frente aos cidadãos no exercício de suas funções administrativas<sup>187</sup>.

É de bom alvitre destacar que o Estado deve sempre atuar em benefício da coletividade, sendo impossível atuação diversa do Estado sob pena de desvio de seus atos e consequente anulação<sup>188</sup>. Assim, o Interesse público deve sempre pautar os atos da Administração Pública<sup>189</sup>.

A Supremacia do interesse público é composta por dois axiomas, qual sejam (i) os interesses privados devem estar submetidos aos interesses da coletividade; (ii) a atuação estatal deve observar sempre o interesse público, posto que a

---

185Cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. op. cit. p. 7.

186Trata-se do conceito orgânico de Direito Administrativo, cujo objeto é a organização e atuação da Administração pública, excluindo-se à organização do Estado, esta de natureza tipicamente constitucional (Cf. WOLFF, Hans J., BACHOF, Otto e STROBER, Rolf. *Direito Administrativo*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. Volume I. 2002. p. 262).

187A segunda definição é o conceito de Direito Administrativo em sentido estrito, tratamos da regulação da função administrativa típica (Cf. Cf. WOLFF, Hans J., BACHOF, Otto e STROBER, Rolf. *Direito Administrativo*. Op. Cit. p. 262). Acerca da definição da Função administrativa, traz-se o ensinamento de Celso Antonio Bandeira de Mello: Função administrativa e a função que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser desempenhada mediante comportamentos infralegais ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos todos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário (Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros. 2010. 27ª Edição. p. 37).

188Cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. op. cit. p. 32.

189A Administração Pública pode exercer Atos Administrativos, ou Atos meramente da Administração. No primeiro caso, tratamos de atos que a Administração age na condição de *longa manus* da sociedade. No segundo caso, o ato, apesar de exercido pelo poder público, este o faz na condição de como se particular fosse. Assim, o primeiro caso é conduzido tipicamente pelo regime jurídico público. No segundo caso, temos a predominância do regime privado. Em qualquer dos casos, o interesse público não pode ser afastado das decisões da Administração Pública.

Administração Pública não pode ter fim em si mesmo<sup>190</sup>.

Em verdade, o próprio Direito Administrativo se diferencia de outros ramos jurídicos pela preservação do interesse da coletividade, através dos agentes públicos, configurando determinados atos em benefício dos administrados<sup>191</sup>.

A Supremacia do Interesse Público encontra guarida na Constituição Federal de 1988, em seu art. 2º, parágrafo único, ao estabelecer a soberania popular, por meio da fórmula “*todo poder emana do povo...*”.

Contudo, se faz necessário compreender o que é o Interesse Público<sup>192</sup>, para que se possa abalizar o princípio jurídico. Com propriedade, Celso Antônio Bandeira de Melo esclarece subsistir não um, mas dois interesses públicos a serem considerados, o chamado interesse público primário – ou mediato –, e o chamado interesse público secundário – ou imediato.

Todavia, é importante ressaltar que, por força do art. 37 *caput* da Constituição Federal<sup>193</sup>, uma vez não atendido ao princípio jurídico da Supremacia do Interesse

---

190 “o necessário e aclarar-se o que esta contido na afirmação de que interesse publico e o interesse do todo, do próprio corpo social, para precatar-se contra o erro de atribuir-lhe o status de algo que existe por si mesmo, dotado de consistência autônoma, ou seja, como realidade independente e estranha a qualquer interesse das partes” (cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. op. cit. p. 59).

191 Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. op. cit. p. 55.

192 Por vezes, a doutrina trata de “*interesse público*” como sendo um instituto jurídico de conceito aberto e indeterminado. Entretanto, alinhando-se à parcela da doutrina mais balizada, defende-se neste trabalho a possibilidade de determinação do interesse público. Subsiste certos parâmetros negativos e positivos do que é interesse público, podendo, no caso concreto, ele ser definido. Trata-se, portanto, de um conceito jurídico determinável (cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. op. cit. p. 33).

193 O Art. 37 *caput* trás a necessidade de atendimento ao princípio da legalidade (art. 37. A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência). Nesse sentido, é importante trazer o ensinamento de Hely Lopes Meirelles “A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, *caput*), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso” (Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. op. cit. p. 87, completa Celso Antônio Bandeira de Mello: “Com efeito, o princípio da legalidade não visou simplesmente à mera

Público, quaisquer atos da Administração serão eivados de nulidade absoluta.

O interesse público primário é o da coletividade. Como já afirmado alhures, Estado e Sociedade não podem ser dissociados. O Estado é criado pela sociedade para atendimento de determinados anseios, os quais os particulares, de maneira isolada e individual, não seriam capazes de fazê-lo.

Não obstante, ao se infirmar que o interesse público primário é o interesse da coletividade, se equivoca ao tentar menoscar o interesse público como sendo a somatória dos interesses privados. Com efeito, é imprescindível que o interesse público seja depreendido como o interesse global da sociedade<sup>194</sup>.

Incorre em erro igualmente grave o operador do Direito que tenta dissociar por completo os interesses privados do interesse da coletividade. Ainda que diferentes, esses interesses jamais serão completamente antagônicos.

A valer do exposto, a coletividade sempre será composta por seus indivíduos e, mesmo que eventualmente, haja um distanciamento entre os diversos interesses na sociedade, não se pode conceber que a execução do interesse público ocorra ao completo arrepio dos interesses dos cidadãos.

Assim, não é possível que o interesse público seja contraposto ao interesse de cada um dos seus íncolas, devendo, sempre que adverso ao interesse de alguns membros da sociedade, haver juízo de proporcionalidade e razoabilidade quanto ao sacrifício exigido e a contrapartida<sup>195</sup>.

---

estruturação formal de um aparelho burocrático tendo em vista balizar, de fora, mediante lei, sua composição orgânica e seus esquemas de atuação. O que se pretendeu e se pretende, à toda evidência, foi e é, sobretudo, estabelecer em prol de todos os membros do corpo social uma proteção e uma garantia (Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. op. cit. p. 64.

<sup>194</sup>Cf. MELLO, Antônio Bandeira de. *Direito Administrativo*. op. cit. pp. 58-59.

<sup>195</sup>Interessante notar que na doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, poderia-se falar que o interesse público nada mais é que a dimensão pública dos interesses individuais. Essa doutrina, sem sobra de dúvidas, se coaduna perfeitamente com o sistema de proteção dos direitos

Como será melhor exposto adiante, como evidente intercessão entre os interesses articulares e os públicos está a proteção dos direitos fundamentais. O Estado Constitucional Moderno se calca na proteção e viabilização dos ditos direitos humanos, fundamentais, de toda espécie. Como já exposto, a Dignidade da Pessoa Humana é tanto o fundamento, quanto o objetivo do modelo hodierno de Estado<sup>196</sup>.

Sem embargos à impossibilidade de considerarmos a pessoa do Estado como alguém dissociado das necessidades, desejos e avidezes dos membros do corpo social, subsiste um interesse público secundário.

As diversas pessoas que compõem o poder público estão inseridas num ambiente social, no qual, por sua própria natureza, gera um sistema de concorrência de pretensões, ora convergentes, ora resistentes. Assim, é natural que o Estado acumulasse uma série de interesse imediatos.

Seria esse interesse secundário, ou imediato, aqueles de ordem “*particular*” para o Estado. Ao se defender contenciosamente o Estado diante de ação promovida pelos seus servidores públicos, com o intuito de redução de gastos com pessoal, o Estado poderá ser conduzido por esse *interesse público secundário*<sup>197</sup>.

A despeito de aparentar ser um interesse meramente privado da Administração Pública, nada poderia estar mais distante da realidade. A administração guarda o dever de zelar pelo seu próprio patrimônio, com razão, a própria Constituição Federal de 1988, em seu art. 70, trata da economicidade da

---

humanos individuais e políticos. Não obstante, pode-se incorrer no erro que certos atos do poder público repercutem para além da geração presente, o chamado interesse intergeracional. Assim, é de se considerar esse caráter difuso, intergeracional (Cf. Cf. SERRA, Rodrigo Valente. *Contribuição para o Debate acerca da Repartição dos Royalties Petrolíferos no Brasil*. Tese de D.Sc., Campinas: UNICAMP, 2005, em sentido oposto, temos: LEAL, José Agostinho e SERRA, Rodrigo. *UMA INVESTIGAÇÃO SOBRE OS CRITÉRIOS DE DISTRIBUIÇÃO DOS ROYALTIES. In Petróleo, Royalties e Região*. PIQUET, Rosélia (org.). Rio de Janeiro: Garamond, 2003, p. 163)

196Em suma “o interesse publico deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os individuos pessoalmente tem quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem” (cf. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. op. cit. p. 62.

197Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. op. cit. p. 67.

atuação tanto do poder público, quanto de qualquer um que receba verbas públicas para persecução dos interesses sociais<sup>198</sup>.

Com efeito, é comum que, na defesa do patrimônio público, sob a falsa égide da supremacia do interesse público, os agentes públicos atuem em desconformidade com o interesse público primário. Exemplo comum é a desapropriação com valor aquém do “*justo*”, conforme estabelecido na Constituição.

Preciosa ensinança de Celso Antônio Bandeira de Mello alerta que a proteção do interesse público secundário deve estar intimamente ligado ao do primário, não sendo possível se falar naquele, quando se desobedece as determinações dos interesses da coletividade<sup>199</sup>.

#### 4.3. CONFLITO ENTRE INTERESSES PÚBLICOS PELA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO DO ESTADO E A PROMOÇÃO PATRIMONIAL PRIVADA

Como exposto, é interesse público do Estado a consecução dos direitos fundamentais do cidadão, seja individualmente considerado, seja dentro de uma coletividade<sup>200</sup>.

Como também já exposto, no caso da desapropriação judicial privada de bens imóveis públicos poderemos estar diante do aparente conflito de dois interesses

---

198 Neste sentido, é bom notar que a jurisprudência dos tribunais, bem como o entendimento pacífico das Cortes de Contas, entende que atos omissivos que possam restringir os ganhos do Estado são casos de improbidade. Assim, a não aplicação de verbas públicas, que estejam esperando sua utilização, apesar de não causar prejuízo nominal ao Estado, fere o interesse de gerir corretamente o patrimônio público.

199 “Com todos estes expedientes, muitos dos quais infelizmente (e injustamente) adota, resguardaria ao máximo seu patrimônio, defendendo interesses a moda de qualquer outro sujeito, mas agrediria a ordem normativa. Ocorre que em todas estas hipóteses estará agindo contra o Direito, divorciado do interesse público, do interesse primário que lhe assiste cumprir” (cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. op. cit. p. 67).

200 Explica-se: a Constituição poderá exigir do Estado a determinados grupos, geralmente, historicamente discriminados, como o caso dos quilombolas (art. 68 dos ADCT da Constituição Federal de 1988) tenham tratamento e proteção diferenciados, conforme os ditames do princípio da isonomia.

públicos: a persecução dos interesses fundamentais de trabalho e moradia e a proteção geral do patrimônio público.

Na seção anterior deste trabalho, dedicou-se à compreensão do interesse público do Estado, em todas suas esferas de poder, em promover os direitos fundamentais dos cidadãos.

Não obstante, é dever do Estado-juiz zelar pelo patrimônio público. Tal noção de dever de zelo pelo patrimônio público é mais perceptível nos casos de dano ao erário, por meio de imperícia ou má-fé do gestor público.

Sem embargos, o uso indiscriminado de mecanismos judiciais de satisfação dos direitos fundamentais dos indivíduos poderá importar em locuplemento de determinados indivíduos, frente ao abuso do direito de recorrer ao judiciário, para ver satisfeitos seus interesses próprios, enquanto poderia haver uma delapidação do patrimônio coletivo.

Com efeito, não se deve compreender o patrimônio público como sendo um patrimônio pertencente ao Estado. Antes disso, é um patrimônio da coletividade, tão somente confiado ao Estado para que esse satisfaça os interesses públicos.

Poderia haver uma verdadeira quebra da isonomia ao “*privatizar*” parcela do patrimônio público, para satisfação dos interesses de uma determinada parcela da população, em detrimento da coletividade em geral.

Essa argumentação, tão exaustivamente levantada pela advocacia pública, tem sido desconsiderada pelo Judiciário em várias oportunidades, invocou o dever maior do Estado em promover os direitos fundamentais.

Em verdade, a jurisprudência nacional firmou-se no sentido de que não há de se falar em quebra da isonomia quando há uma prestação obrigatória do Estado, que vem sendo diuturnamente descumprida, até o ponto de se atingir a dignidade da



pessoa humana.

Entretanto, não é possível verificar-se a quebra da isonomia de maneira tão abstrata.

Para invocação da quebra da isonomia, é preciso avaliar, no caso concreto a razoabilidade da relativização da proteção da propriedade pública. O que importa é o juízo acerca da adequação de tal medida.

Assim, caso estejamos confrontando da satisfação de direito fundamental de indivíduo, cuja condição sócio-econômica demonstre que é possível que ele satisfaça tal direito fundamental com recursos financeiros próprios, é razoável que se entenda pela quebra da isonomia em se conceder tal prestação, através do sacrifício do patrimônio público.

*Exempli gratia* ter-se-ia o caso de pessoa que pleiteia, frente ao judiciário, tratamento de saúde com valor irrisório, ou moradia em programa habitacional, quando a renda familiar possibilitasse o financiamento pelas vias ordinárias<sup>201</sup>.

---

201BRASIL. DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 2013.01.1.068843-0*. Relator: ALFEU MACHADO, Data de Julgamento: 30/04/2014, 1ª Turma Cível EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. PROGRAMA HABITACIONAL. CODHAB. MORADIA. TERMO DE CONCESSÃO DE USO DE IMÓVEL. REQUISITOS AUTORIZADORES NÃO PREENCHIDOS. LEI DISTRITAL Nº 3.877/2006. INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. SENTENÇA MANTIDA. 1. NA HIPÓTESE DOS PROGRAMAS HABITACIONAIS, HÁ CRITÉRIOS OBJETIVOS PRÉ-ESTABELECIDOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, QUE CONFEREM A BENESSE A PESSOAS CADASTRADAS QUE PREENCHAM OS REQUISITOS PARA INSCRIÇÃO, COM O FIM DE ATENDER ÀS NECESSIDADES DE MORADIA. NÃO HAVENDO OFENSA A ESSES CRITÉRIOS, NÃO PODE O PODER JUDICIÁRIO INTERFERIR NAS AÇÕES LEGÍTIMAS DA AUTORIDADE PÚBLICA PARA OBRIGÁ-LA A DAR PRIORIDADE A OUTREM, EM DETRIMENTO DAQUELES JÁ PREVIAMENTE CADASTRADOS. 2. O PODER JUDICIÁRIO NÃO PODE SE CONSTITUIR COMO REGULAR INSTÂNCIA REVISORA IMPRÓPRIA DOS ATOS ADMINISTRATIVOS OU DAS POLÍTICAS PÚBLICAS JÁ EXISTENTES - SALVO DIANTE DE ILEGALIDADE, OU ABUSO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS. 3. UMA VEZ QUE A CANDIDATA NÃO PREENCHE OS REQUISITOS, HAJA VISTA TER INCIDIDO NA PROIBIÇÃO DO ART. 4º, III, DA LEI Nº 3.877/2006, NÃO CABE AO JUDICIÁRIO SE IMISCUIR EM MATÉRIA DE COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO PARA DETERMINAR O DEFERIMENTO DE CONCESSÃO DE IMÓVEL. DO CONTRÁRIO, ACABAR-SE-IA AFRONTANDO O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, POIS, EMBORA NENHUMA LESÃO POSSA SER AFASTADA DO

Assim, é preciso um juízo de razoabilidade para verificar se, no caso em concreto, há a possibilidade de sacrifício do patrimônio público para atendimento dos direitos fundamentais de certos indivíduos.

É importante frisar, contudo, que tal sacrifício do patrimônio público não poderá comprometer a satisfação de direitos fundamentais de outras pessoas ou grupos sociais.

---

PODER JUDICIÁRIO (ART. 5º, XXXV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL), COMPÕE ATRIBUIÇÃO DO PODER EXECUTIVO A INSERÇÃO, DAQUELES QUE PREENCHAM OS REQUISITOS, EM PROGRAMA HABITACIONAL NO DISTRITO FEDERAL, POR MEIO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA DESTINAR IMÓVEIS PARA AS FAMÍLIAS DE BAIXA RENDA. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E DESPROVIDO.

## 5. DA DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL

### 5.1. DEFINIÇÃO E NATUREZA JURÍDICA

O instituto da desapropriação judicial foi previsto legislativamente pelo Código Civil de 2002, não havendo qualquer inteligência semelhante no Direito Comparado. Previsto no art. 1.228, §§ 4º e 5º, é uma forma de expropriação privada<sup>202</sup>.

A desapropriação judicial está inserta na seção “Da Perda da Posse”, sendo prevista como maneira do proprietário perder a proteção jurídica e o domínio sobre a coisa, diante de ofensa à função social da propriedade e da posse<sup>203</sup>.

Contudo, o primeiro caso de utilização do instituto adveio de uma construção jurisprudencial, o famoso caso da favela Pullman<sup>204</sup>. Tratava-se de Ação Reivindicatória julgada procedente em primeiro grau. Os réus alegaram usucapião urbano social em sede de defesa<sup>205</sup>. O juiz de primeira instância reconheceu o

---

202O Código Civil de 2002, como é notório, repete o modelo de outras codificações europeias, caso do BGB Alemão, do Código Civil Italiano de 1942 e do Código Português de 1966. Muitas das supostas novidades que constam da nossa atual codificação já constavam dessas outras leis do Direito Comparado; (...) De qualquer forma, pode-se dizer que a nossa atual codificação apresenta duas novidades, cuja criação, em certo sentido, pode ser atribuída à genialidade de Miguel Reale, em momento de contundente preocupação com os aspectos sociais. Por isso é que esses institutos representam muito bem a socialidade, um dos baluartes do Código Civil de 2002. (...) O segundo instituto é uma forma de desapropriação privada constante dos §§ 4.º e 5.º do art. 1.228, dispositivos que merecem transcrição destacada”. (TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Volume 4*. 6ª edição. São Paulo: Método. 2014. p. 114 (versão digital)

203A diferença entre a função social da posse e da propriedade foi exposta anteriormente, importante remeter à essa seção, posto se tratem de conceitos correlatos, porém inconfundíveis.

204Cf. BRASIL. São Paulo: Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível nº 994.93.041196-5*. 8ª Câmara de Direito Privado. Relator desembargador José Osório de Azevedo Júnior.. julgado em 02 de dezembro de 1994.

205 À época, o fundamento legal era o art. 183, §§1º a 3º da Constituição Federal (Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. § 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil. § 2º Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez. § 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião). O usucapião especial (ou social) urbano tem por requisitos a posse mansa e pacífica para moradia, inexistência de outro imóvel e o decurso do

pedido da exordial.

Em sede de apelação, o Tribunal de Justiça de São Paulo reformou a sentença, sob o fundamento de não mais existir o imóvel. Diante da dinâmica urbana, os lotes objeto da Ação Reivindicatória teriam sido absorvidos pela comunidade no entorno (Favela Pullman), ao passo que o abandono dos lotes, ao longo dos anos, por mais que não ensejassem em Usucapião por parte dos posseiros, desnaturava a natureza da propriedade.

Tal mudança do entendimento constituiu importante marco para a posse no Brasil<sup>206</sup>, que até então era vista nos nossos tribunais como mero acessório da propriedade, submetida a esta. Até então, apenas nos casos de usucapião, obedecendo aos requisitos estritamente legais, era possível relativizar a propriedade em favor da posse funcionalizada.

Naquela comunidade, à época, a existência de moradias simples, de um ateliê de costura modesto e de equipamentos públicos (água encanada, iluminação pública e fornecimento de energia domiciliar) foram suficientes para desconstituir o que se encontrava nos registros públicos.

Com efeito, o desembargador relator, o senhor José Osório de Azevedo Júnior, inclusive destacou que foram necessários mais de três anos para se determinar onde estavam os lotes, as duas ruas que os delimitavam e os imóveis de maneira geral, tamanha era a discrepância entre a realidade e a ficção jurídica<sup>207</sup>.

---

tempo, que será de dez anos, caso o imóvel tenha mais de duzentos e cinquenta metros quadrados ou cinco anos, caso tenha até duzentos metros quadrados (cf. DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil: Volume 4*. op. cit. pp. 189-190.

206Cf. TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Volume 4*. p. 115.

207““No caso dos autos, a coisa reivindicada não é concreta, nem mesmo existente. É uma ficção.

Os lotes de terreno reivindicados e o próprio loteamento não passam, há muito tempo, de mera abstração jurídica. A realidade urbana é outra. A favela já tem vida própria, está, repita-se dotada de equipamentos urbanos. Lá vivem muitas centenas, ou milhares, de pessoas. Só nos locais onde existiam os nove lotes reivindicados residem 30 famílias. Lá existe uma outra realidade urbana, com vida própria, com os direitos civis sendo exercitados com naturalidade. O comércio

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu que a propriedade, quando torna-se mera ficção jurídica, não guardando relação com a realidade dos fatos, não pode ter o condão de se sobrepor à posse, sem que haja uma ruptura com os direitos fundamentais à moradia e ao trabalho. Os desembargadores entenderam que a remoção daquelas famílias não poderia ser feita de maneira “cirúrgica”, sem prejuízo à sociedade e, portanto, ao próprio Direito.

Em 1995, houve recurso especial ao egrégio Superior Tribunal de Justiça. Em 2005, a corte entendeu pelo não conhecimento do recurso, por necessitar adentrar em matéria fática<sup>208</sup>. Ainda assim, a decisão do Superior Tribunal de Justiça foi comemorada pela sua doutrina, posto que, de maneira atípica, o ministro relator, Aldir Passarinho Junior, adentrou de maneira superficial no mérito, sinalizando pela improcedência, caso tivesse sido conhecido o recurso<sup>209</sup>.

O surgimento do instituto consegue revelar muito acerca de sua natureza. Sua gênese torna-se importante de sobremaneira, uma vez que se trata de uma inteligência tipicamente brasileira, não havendo, portanto, estudos doutrinários no

---

está presente, serviços são prestados, barracos são vendidos, comprados, alugados, tudo a mostrar que o primitivo loteamento hoje só tem vida no papel.

A diligente perita, em hercúleo trabalho, levou cerca de quatro anos para conseguir localizar as duas ruas em que estiveram os lotes, Ruas Alexandre Archipenko e Canto Bonito. Segundo a perita:

A Planta Oficial do Município confronta com a inexistência da implantação da Rua Canto Bonito, a qual foi indicada em tracejado. (fls. 306). (BRASIL. *Apelação Cível nº 994.93.041196-5*. op. cit.)

208 Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça: a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Quando o sistema de tribunais superiores no Brasil foi desenhado na Constituinte de 1889, a ideia era facilitar a subida dos processos, via recurso, para os tribunais superiores fizessem um controle “republicano” sobre as decisões de magistrados essencialmente monarquistas. Assim, o importante era a análise da matéria jurídica, mais que a reforma de decisão “injusta”.

209 CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. TERRENOS DE LOTEAMENTO SITUADOS EM ÁREA FAVELIZADA. PERECIMENTO DO DIREITO DE PROPRIEDADE. ABANDONO. CC, ARTS. 524, 589, 77 E 78. MATÉRIA DE FATO. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7-STJ. I. O direito de propriedade assegurado no art. 524 do Código Civil anterior não é absoluto, ocorrendo a sua perda em face do abandono de terrenos de loteamento que não chegou a ser concretamente implantado, e que foi paulatinamente favelizado ao longo do tempo, com a desfiguração das frações e arruamento originariamente previstos, consolidada, no local, uma nova realidade social e urbanística, consubstanciando a hipótese prevista nos arts. 589 c/c 77 e 78, da mesma lei substantiva. II. “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial” - Súmula n. 7-STJ. III. Recurso especial não conhecido. (STJ, Relator: Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Data de Julgamento: 21/06/2005, T4 - QUARTA TURMA)

Direito comparado que possam balizar sua construção aqui.

Interessante notar que o instituto recebe diversas denominações, a depender do doutrinador, alguns por entender não se tratar de uma desapropriação propriamente dita. Marco Aurélio Bezerra Melo prefere a expressão expropriação privada<sup>210</sup>.

A não utilização da expressão *desapropriação judicial* se deve ao fato de não confundir com a desapropriação que é discutida em juízo. Não obstante, não merece tal comparação, posto que tal desapropriação é administrativa, apenas subsiste discussão satélite com relação aos valores pagos.

A desapropriação é uma prerrogativa do Estado, instrumentalizada por um procedimento regido pelo Direito Constitucional-Administrativo. Ela é conceituado como sendo a substituição compulsória da vontade do proprietário, em alienar o bem, trocando a coisa por numerário, mediante o interesse público<sup>211</sup>. É uma forma de garantir a titularidade por parte do Estado de algum bem sobre caia o interesse público<sup>212</sup>.

Assim, através de sua intervenção na esfera jurídica do particular, o Estado adquire originariamente a propriedade, mediante sacrifício total, por justa causa, de

---

210Cf. MELO, Marco Aurélio Bezerra. *Novo Código Civil Anotado: Direitos Reais*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003. Volume V. p. 43.

211“Entre as várias teorias que procuram definir a natureza jurídica deste instituto, a que mais satisfaz ao modelo brasileiro vem a ser a que descreve a desapropriação como substituição compulsória do objeto da propriedade. Entende-se, com isso, que nem há venda forçada, que é a óptica civilista do fenômeno, nem perda da propriedade, o que a aproximaria do confisco, mas uma substituição imposta do bem expropriando por seu equivalente em dinheiro, operando-se, simultaneamente, a sua transferência para o domínio público” (MOREIRA NETO, Diogo Figueredo de. *Curso de Direito Administrativo*. 16ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 2014. p. 513 (versão digital).

212Ainda que o bem não permaneça na condição de pertencente ao Estado, uma vez que a desapropriação poderá se dar por interesse social e, conseqüentemente, passar à titularidade do particular hipossuficiente. Esse é o caso trazido pela Lei nº 4.132, de 10 de setembro de 1962, quando em seu art. 4º possibilita a alienação aos que precisarem. De maneira mais clara, e de melhor técnica, o art. 18 da Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993 (Lei da Reforma Agrária) estabelece que os bens oriundos de desapropriação para reforma agrária, serão concedidos, por meio de transferência de domínio, concessão de uso ou concessão d direito real de uso.

determinado direito patrimonial. A desapropriação pode ainda ser compreendida da como o processo através do qual A Administração Pública expropria o particular de bem determinado e certo.<sup>213</sup>

O Código Civil, em seu art. 1.275, inciso V, estabelece a desapropriação como causa da perda da propriedade. Ocorre que, nem sempre, a desapropriação se dá por abuso do direito de propriedade, como é o caso da desapropriação judicial e da desapropriação para fins de reforma agrária, mas a desapropriação sempre se dará quando o interesse público em expropriar o imóvel for mais forte que o interesse público em defender a propriedade privada<sup>214</sup>.

Importante destacar que se trata de um direito potestativo da Administração Pública a declaração de interesse público sobre determinado bem. Não pode o judiciário adentrar no mérito administrativo para verificar se o imóvel é, ou não, de interesse público. Caso haja contestação na esfera jurisdicional, essa deve ater-se à justeza da indenização arbitrada, devendo o juiz, de plano, conceder a posse do bem<sup>215</sup>.

Destaca-se, pela redação do parágrafo único, do art. 1275 do Código Civil, que a perda da propriedade pela desapropriação prescinde o registro para eficácia. Ou seja, basta a publicação do decreto expropriatório e devido depósito judicial.

Não é a decisão judicial que é causa de aquisição da propriedade, mas tão somente o procedimento administrativo. Com efeito, ao judiciário sequer cabe adentrar na esfera administrativa da decisão que determinou a desapropriação, mas tão somente discutir o valor a ser pago.

Portanto, ainda que o procedimento de desapropriação fosse nulo, por expressa previsão legal, não é possível a reintegração da posse, ou seja, uma vez

---

213Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. op. cit. p.

214Cf. MELO, Marco Aurélio Bezerra. *Novo Código Civil Anotado: Direitos Reais*. op. cit. pp. 104-105.

215Nesse sentido, o art. 9º, do Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, expressamente veda ao judiciário verificar a utilidade pública do bem expropriado.

que findo o procedimento desapropriatório, caso subsista quaisquer irregularidades, estas se resolvem em perdas e danos.

De mais a mais, uma vez realizado o depósito prévio, entende-se que o bem passa à titularidade da Administração Pública, se houver divergência quanto ao valor. Assim, o Supremo Tribunal Federal entendeu não ferir a Constituição Federal o disposto no art. 15, §1º do Decreto-Lei nº 3.365/41<sup>216</sup>, ao dispor pela imissão prévia da posse<sup>217</sup>.

Portanto, no caso da desapropriação por parte da Administração Pública, ela é deflagrada com a declaração de utilidade pública, se exaurindo com o pagamento da indenização – se o valor for consenso – ou com o depósito do valor incontestado.

Por outro turno, compreender que a desapropriação se consuma com a imissão definitiva da posse importa em um absurdo jurídico sem tamanho. É confundir posse e propriedade, institutos essencialmente independentes desde a Roma clássica. A confusão desses institutos nos remete a um período da história jurídica anterior à ideia de direito formal, não se merecendo sequer tecer maiores comentários.

Outra teoria para classificar o instituto da desapropriação judicial foi o da

---

216Art. 15. Se o expropriante alegar urgência e depositar quantia arbitrada de conformidade com o art. 685 do Código de Processo Civil, o juiz mandará imiti-lo provisoriamente na posse dos bens;

§ 1º A imissão provisória poderá ser feita, independente da citação do réu, mediante o depósito: (Incluído pela Lei nº 2.786, de 1956)

a) do preço oferecido, se este for superior a 20 (vinte) vezes o valor locativo, caso o imóvel esteja sujeito ao imposto predial; (Incluída pela Lei nº 2.786, de 1956)

b) da quantia correspondente a 20 (vinte) vezes o valor locativo, estando o imóvel sujeito ao imposto predial e sendo menor o preço oferecido; (Incluída pela Lei nº 2.786, de 1956)

c) do valor cadastral do imóvel, para fins de lançamento do imposto territorial, urbano ou rural, caso o referido valor tenha sido atualizado no ano fiscal imediatamente anterior; (Incluída pela Lei nº 2.786, de 1956)

d) não tendo havido a atualização a que se refere o inciso c, o juiz fixará independente de avaliação, a importância do depósito, tendo em vista a época em que houver sido fixado originalmente o valor cadastral e a valorização ou desvalorização posterior do imóvel. (Incluída pela Lei nº 2.786, de 1956)

217Súmula do STF nº 652: Súmula 652 NÃO CONTRARIA A CONSTITUIÇÃO O ART. 15, § 1º, DO DECRETO-LEI3365/1941 (LEI DA DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA). Data de aprovação na sessão plenária de 24 de setembro de 2003.



prescrição aquisitiva da propriedade. Essa teoria surge na I Jornada de Direito Civil, com fundamento no requisito cronológico para que possa ser decretada a desapropriação, se aproximaria do usucapião<sup>218</sup>.

O usucapião é a aquisição da propriedade pelo decurso da posse no tempo<sup>219</sup>, com o concurso de outros requisitos, estes trazidos pela Lei<sup>220</sup>, importante frisar que doutrina e jurisprudência, há muito, entenderam que o usucapião não prescinde de decisão judicial transitada em julgado, tendo a ação de usucapião natureza meramente declaratória<sup>221222</sup>.

A sentença da ação de usucapião tem força meramente probatória, frente aos

---

218Existe na doutrina uma longa e infrutífera discussão acerca do gênero da palavra usucapião. A Academia Brasileira de Letras, organização responsável por dirimir embates epistemológicos considera a palavra “usucapião” como tendo os dois gêneros. Neste trabalho, usaremos a palavra no gênero masculino.

219Usucapião vem do latim *usus* e *capere*. *Usus* pode ser traduzido como sendo “pelo uso”, enquanto que *capere* pode ser traduzido como “tomar”, ao pé da letra *tomar pelo uso*.

220Cf. RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Coisas*. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 2013. p. 263

221Há pequena parcela da doutrina que se posiciona de maneira contrária: “É mais adequado, todavia, considerar que a decisão judicial que reconhece a usucapião possui natureza de sentença constitutiva porque estabelece a aquisição da propriedade em favor do requerente, estabelecendo-se o termo inicial em que se deu a obtenção da coisa. De qualquer forma, a aquisição da propriedade imóvel, mediante usucapião, somente se dará; por meio de sentença judicial transcrita no registro imobiliário” (LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil: Direito das Coisas*. 6ª edição. São Paulo: Saraiva. 2013. seção 14.1 (versão digital). Com o máximo de respeito, tal entendimento encontra-se eivado de tantos equívocos, que não poderiam se corretamente rebatidos neste trabalho. Primeiramente, o registro em serviço registrário competente, no Direito Brasileiro, apenas é causa de aquisição da propriedade nos negócios jurídicos *inter vivos*. O que ocorre é que o registro público, salvo raríssimas exceções, se opera no plano da eficácia. No caso de contrato *inter vivos*, o registro lhe dá o condão do negócio jurídico transformar um direito pessoal contratual, num direito real. Dois exemplos demonstram isso: o primeiro é o caso da sucessão por morte de bem imóvel, desde a morte do autor da sucessão se opera a transferência aos herdeiros, independentemente de espólio (o qual sequer tem personalidade jurídica), o registro do formal de partilha é apenas para operar no plano da eficácia transferência que já ocorreu. O outro exemplo é a possibilidade de usar o usucapião como sendo matéria de defesa. Ora, se não existe o direito de propriedade antes do registro da sentença, não pode ser matéria de defesa apenas uma expectativa de direito.

222A sentença declaratória apenas explicita a existência, inexistência ou alcance de certa relação jurídica (Cf. MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*. 7ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. Volume 2. pp. 263-264), a razão de se necessitar de uma sentença para registrar o usucapião adviria da impossibilidade de se registrar aquilo que não se reveste de certeza jurídica (art. 1º, *caput*, da Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973), tanto é que o novo código de processo civil possibilita o procedimento de usucapião extrajudicial. Já as Ações Constitutivas precipuamente tem a força de modificar, extinguir, criar relações jurídicas (MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*. op. cit. p. 429).

diversos atores sociais – inclusive registro de imóveis – acerca do preenchimento dos requisitos trazidos por Lei para aquisição da propriedade<sup>223</sup>. A abertura de matrícula e posterior registro servem para dar o prosseguimento natural da aquisição do imóvel.

De mais a mais, o usucapião consiste em modo originário de aquisição da propriedade, assim como a desapropriação administrativa. Sob a ótica jurídica, não se trata da transferência de um mesmo bem, mas da aquisição de um bem inteiramente novo, as relações jurídicas que incidem sobre o bem usucapiendo são inéditas para o mundo do Direito.

A Constituição Federal, em seu art. 183, §3º, veda o usucapião de Bem Imóvel Público.<sup>224</sup> Entretanto, tal vedação foi elevada ao nível constitucional apenas com a Constituinte de 1988. Anteriormente, tratava-se de vedação de jaez puramente legal<sup>225</sup>.

O dispositivo constitucional é de clareza solar, apesar de muito rebatido pela doutrina. Essa vedação, se iniciou em 1916, com Código Civil Brasileiro. Antes, apenas os bens de uso comum do povo eram imprescritíveis<sup>226</sup>.

Com efeito, o art. 67 do Código Civil do Império determinava a prescrição aquisitiva de bens públicos dominicais e de uso especial, no prazo de quarenta anos,

---

223Cf. DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil*. Volume 4. op. cit. p. 186.

224Súmula 640 do Supremo Tribunal Federal: Desde a Vigência do Código Civil, os bens dominicais, assim como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião.

225Cf. RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Coisas*. op. cit. p. 266.

226Cf. BRASIL. *Apelação Cível nº 1.0194.10.011238-3/001*. Tribunal de Justiça de Minas Geral. 5ª Câmara Cível. Julgado em 08 de maio de 2014. relator desembargador Luis Carlos Gambogi. EMENTA: APELAÇÃO CIVIL - AÇÃO REIVINDICATÓRIA – DETENÇÃO – INOCORRÊNCIA – POSSE COM “ANIMUS DOMINI” – COMPROVAÇÃO – REQUISITOS DEMONSTRADOS – PRESCRIÇÃO AQUISITIVA – EVIDÊNCIA – POSSIBILIDADE – EVIDÊNCIA – PRECEDENTES - NEGAR PROVIMENTO. - “A prescrição, modo de adquirir domínio pela posse contínua (isto é, sem intermitências), ininterrupta (isto é, sem que tenha sido interrompida por atos de outrem), pacífica (isto é, não adquirida por violência), pública (isto é, exercida à vista de todos e por todos sabida), e ainda revestida com o animus domini, e com os requisitos legais, transfere e consolida no possuidor a propriedade da coisa, transferência que se opera, suprimindo a prescrição a falta de prova de título preexistente, ou sanando o vício do modo de aquisição”.

sem arrolar outros requisitos para o usucapião. Nesse sentido, era possível o usucapião de bens públicos<sup>227</sup>.

A Lei 6.969, de 10 de dezembro de 1981, ao dispor sobre usucapião de bem imóvel rural, estabeleceu a possibilidade de se usucapir a terra devoluta rural, por meio do usucapião extraordinário<sup>228</sup>.

Assim, o usucapião possui a natureza de prescrição aquisitiva, significando que o possuidor do bem adquire a propriedade com o decurso do tempo, ao passo que aquele que possui domínio vai perdendo a propriedade.

Semelhantemente ao usucapião, é a desapropriação judicial, posto existir um critério cronológico para a possibilidade de transferência da titularidade da coisa, não obstante, a natureza jurídica desse instituto difere do usucapião.

Enquanto que o Código Civil enumera o usucapião como forma de aquisição da propriedade, a desapropriação judicial é uma forma de perda da propriedade. O que importa que a inteligência do art. 1.228, §§ 4º e 5º não consiste numa prescrição aquisitiva. O beneficiário não adquire a propriedade com o passar do tempo, é o senhor da coisa que pode perder essa titularidade.

Fica, portanto, claro a impossibilidade, inclusive, de utilização da desapropriação judicial enquanto matéria de defesa. Fica claro, portanto, que a natureza da sentença da Ação de Desapropriação Judicial é constitutiva. Se a decisão judicial possui natureza jurídica constitutiva, o instituto da desapropriação judicial outorga portanto um direito potestativo<sup>229</sup>.

---

227Cf. RIZARDO, Arnaldo. *Direito das Coisas*. op. cit. p. 266.

228Com efeito, Arnaldo Rizzardo ventila a possibilidade de se ingressar (e ser deferida) ação de usucapião de bem imóvel público, desde que os requisitos sejam preenchidos até a promulgação da Constituição de 1988.

229 “*como aquel en que un derecho potestativo típico (§ 1,11), se actúa mediante una sentencia constitutiva típica (§ 8, 11); en que, sison más de dos los condividendos se verifica un caso análogamentetípico de litisconsorcio necesario (§ 5, V, 1.º, 6; § 88);*” (cf. CHIOVENDA, Jose.

Trata-se, portanto, de um direito potestativo daquele que reúne em si os requisitos para a concessão da desapropriação judicial. Aquela coletividade, a qual tenha dado destinação social (posse-moradia) ou destinação econômica (posse-trabalho), por período superior a cinco anos, a imóvel de grande extensão, possui o direito postestativo, de constituir para si a propriedade sobre a posse, mediante interpelação judicial.

A desapropriação judicial do código civil possui a natureza jurídica de desapropriação, que é a intervenção máxima do Estado<sup>230</sup> na propriedade privada, que determina a transferência compulsória, permanente e onerosa do domínio de determinado bem<sup>231</sup>, motivada por interesse público legalmente relevante<sup>232</sup>.

A desapropriação, costumeiramente, é dividida em três categorias, quais sejam por razões de utilidade pública – conforme dispositivo do art. 5º, do Decreto-lei nº 3.365/45; por necessidade pública, nos casos de urgência, calamidade pública; ou ainda por interesse social por reforma agrária, nos termos consubstanciados no art. 184 da Constituição Federal.

A desapropriação por utilidade pública consiste na transferência da titularidade de determinado bem da esfera privada para a esfera pública, transmutando-o em alguma das espécies de bens públicos afetado (especiais ou de uso comum do povo).

---

*Principios de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Reus. 1925, Tomo II. p. 804). Assim, o direito postestativo é o direito de constituir, modificar ou desconstituir relações jurídicas, com ou sem interpelação judicial, a depender da política legislativa.

230 No caso, do Estado-juiz

231 Cf. FIGUEREIDO, Diogo. *Curso de Direito Administrativo*. op. cit. p. 512. Do conceito do autor, trazemos uma ressalva: apesar de Diogo Figuerido trazer um conceito bem completo, ele conceitua a desapropriação como sendo a transferência do domínio privado para o público. Apesar do bem sempre passar pelas mãos do Estado, no caso da desapropriação por interesse social, como será visto, o bem não permanece nas mãos do Estado, mas é transferido de imediato a particulares, sendo forçoso defender que a propriedade, em si, seja de natureza pública.

232 Na desapropriação judicial, temos que o interesse público é a consolidação da posse-trabalho e posse-moradia, que são instrumentos de garantia dos direitos fundamentais sociais da habitação e trabalho.

Na desapropriação por utilidade pública, o bem privado vira bem público, é o caso de desapropriação de um terreno para construção de uma escola pública, de um imóvel no centro da cidade para instalação de uma secretaria de Estado, de uma área para estabelecimento de um parque ecológico ou praça pública.

A desapropriação por necessidade pública diferencia-se da utilidade pelo caráter vinculativo que o bem possui no juízo da Administração pública. Enquanto que na utilidade pública, o Estado poderia valer-se de outro bem, na necessidade pública não há essa possibilidade. É o caso de desapropriação para construção de uma usina hidrelétrica, que pela geografia local, não pode ser construída em outro local.

Por último, se tem a desapropriação por interesse social. Aqui, a razão pública que legalmente enseja a intervenção no domínio econômico é quando aquele bem é o único, ou o melhor, que atende as necessidades de determinados grupo social, que a Lei autoriza a ser beneficiado pela medida.

Até o caso da favela Pullman, a desapropriação por interesse social era essencialmente aquela hipótese trazida expressamente na Constituição federal de 1988, no art. 184: desapropriação para reforma agrária. Entretanto, não é de bom alvitre que se reduza a desapropriação por interesse social apenas àquela hipótese trazida expressamente pela Constituição.

A melhor hermenêutica é que a Constituição, ao permitir que haja uma espécie de desapropriação por interesse social. Com efeito, permitiu que a norma infraconstitucional criasse outras hipóteses, uma vez que consolidou a propriedade privada como sendo de interesse público, especialmente quando associada à garantia de outros direitos fundamentais, como moradia e trabalho.

Nesse sentido, foi recepcionada pela Constituição Federal a Lei nº 4.132, de 10 de setembro de 1962, que define em seu art. 2º, os casos de desapropriação por interesse social. Dentre tais hipóteses, encontra-se a desapropriação para atender

aos ditames da função social da posse e da propriedade, distribuindo bens improdutivos, para atendimento das necessidades de trabalho e moradia<sup>233</sup>.

A desapropriação judicial, prevista no art. 1.228, §§ 4º e 5º do Código Civil, tem natureza de desapropriação por interesse social, decretada pelo Estado-juiz, para atender àqueles que, preenchendo os requisitos legais, atendam aos ditames dos direitos fundamentais da moradia e trabalho<sup>234</sup>.

A competência declaratória é do Estado-juiz, que substitui a administração pública, declarando o interesse social do bem a ser expropriado. Não obstante, a competência executiva da expropriação não fica bem definida pelo texto normativo do Código Civil.

A competência executiva, ou executória, consiste na atribuição de algum dos órgãos públicas para tomar as medidas possíveis e cabíveis para efetivação da desapropriação, como negociação, pagamento de indenização, retirada de obstáculos<sup>235</sup>.

À princípio, a interpretação mais coerente com o texto legal seria atribuir tal competência ao próprio magistrado. Posto que, em regra, a competência executiva e declaratória recaem sobre os mesmos órgãos. Não obstante, tal entendimento pode causar embaraços de ordem prática.

É que o judiciário não conta em seu corpo administrativo, com pessoal capacitado para proceder à efetivação da desapropriação. Dessa sorte, seria incongruente com a realidade fática atribuir a competência executória ao juiz.

Assim, a decisão judicial que declarar o interesse social e proceder à

---

233Art. 2º Considera-se de interesse social: I - o aproveitamento de todo bem improdutivo ou explorado sem correspondência com as necessidades de habitação, trabalho e consumo dos centros de população a que deve ou possa suprir por seu destino econômico;

234Mais adiante, defender-se-á a flexibilização dos requisitos legais.

235Cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Op. cit. p. 820

desapropriação, deverá possuir um caráter mandamental, para que a administração pública proceda à efetivação da desapropriação.

## 5.2. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR

Conforme afirmado alhures, a natureza jurídica do instituto da desapropriação judicial não é a de prescrição aquisitiva, mas de verdadeira expropriação forçada, que gera aquisição originária da propriedade objeto da ação. Dessa sorte, é inerente ao instituto da desapropriação o pagamento de indenização.

Em verdade, o § 5º do art. 1.228 estabelece que o magistrado deverá arbitrar justa indenização para o pagamento do proprietário, o qual se viu privado da coisa imóvel. Porém, a lei civil não estabeleceu os critérios para aferição do valor, nem quem deverá proceder ao pagamento da indenização.

Apear da ausência de critério trazidos pela Lei civil, uma vez que subsistem farta doutrina e produção jurisprudencial acerca da fixação da indenização nos outros casos de desapropriação, não é forçoso que se utilize como parâmetros de fixação de indenização os critérios já amplamente utilizados para as outras espécies de indenização, *ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio*<sup>236</sup>.

Assim, para dirimir quaisquer dúvidas quanto ao arbitramento da indenização, pode-se utilizar, por analogia, do disposto para indenização por desapropriação por necessidade pública, utilidade pública ou interesse social.

---

236Onde se encontra a mesma razão, deve-se aplicar o mesmo dispositivo legal. Trata-se de método elementar de integração da norma jurídica. Em suma, apesar de não haver expressa previsão legal para aplicação dos critérios de indenização das demais espécies, por meio do método da analogia pode-se utilizar a norma jurídica que mais se aproxima ao caso em tela, aplicando-o ao caso omissis em Lei por analogia (cf. REALE, Miguel. *Lições Preliminares do Direito*. São Paulo: Saraiva. 27ª edição. 2004, p. 296).

Quanto à indenização, apesar de ser uma nova modalidade de desapropriação por interesse social, não contemplada na Lei nº 4.132/62, mas no código civil, devido à sua proximidade, deve-se utilizar os parâmetros de indenização trazidos pela lei administrativa, nos termos do art. 5º, faz remissão expressa à desapropriação por utilidade e necessidade pública (Decreto-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941).

É possível que se defenda a utilização da Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993 (Lei da Desapropriação por Reforma Agrária). Sem embargos, a hipótese de desapropriação judicial muito se assemelha à desapropriação para fins de reforma agrária.

São bens imóveis os quais não foram dados destinação econômica e social, que são expropriados para atendimento de direitos fundamentais de moradia ou trabalho. Entretanto, essa não é a melhor solução.

O art. 184 da Constituição Federal prevê expressamente o pagamento de indenização por desapropriação de terras improdutivas por meio de títulos da dívida pública, resgatáveis até vinte anos.

Nesse sentido, o constituinte originário buscou desincentivar a especulação imobiliária rural, por meio de pagamento de indenização em condições desfavoráveis aos proprietários. Por mais que deva subsistir cláusula de preservação do valor econômico, a privação dos valores, por si só, é uma forma de desestímulo.

Não obstante, tais condições para pagamento da indenização não podem, de forma alguma, serem aplicados no caso da desapropriação judicial prevista no Código Civil, uma vez que inexistente previsão expressa na Constituição, devendo-se seguir a regra geral.

Uma vez que não há previsão expressa em diploma normativo algum, se faz necessário que a melhor integração seja pela indenização nos termos do art. 5º,



XXIV da Constituição Federal, já que se trata de verdadeira limitação ao direito fundamental à liberdade do proprietário, que se vê obrigado a alienar seus bens, em homenagem aos direitos fundamentais de moradia e trabalho.

Deve-se optar pela solução de menor sacrifício. A indenização justa, prévia e em dinheiro importaria em menor sacrifício ao expropriado, que mesmo que não tenha atendido à função social da propriedade, possui o domínio sobre a coisa imóvel, até a constituição da expropriação por sentença judicial transitada em julgado.

De mais a mais, a jurisprudência tem se consolidado sobre que aspectos deve-se incidir a equidade da indenização. Em verdade, o expropriado não pode valer-se de sua inércia em dar uma destinação social ou econômica ao bem, para majorar o valor de sua indenização. Nesse sentido, não se pode haver uma simples avaliação do valor do imóvel para se arbitrar o *quantum* indenizatório.

Ora, o valor do imóvel é diretamente ligado às benfeitorias realizadas neste. No caso de uma desapropriação judicial, o que temos é um imóvel que foi deixado ao revel, sem uma destinação pelo proprietário, mas uma destinação dada pelos possuidores deste, que, inexoravelmente, realizaram alguma benfeitoria para a utilização do imóvel.

Neste sentido, a indenização deve desconsiderar a valorização do imóvel pela própria ocupação deste. Seria o caso de enriquecimento sem causa, posto que a simples omissão do titular do imóvel não poderia ensejar seu beneficiamento, ocasionado pela ação de outrem.

Noutra esteira, também é possível que haja uma desvalorização do imóvel, devido à própria ocupação desordenada. Embora essa hipótese não tenha sido enfrentada pela doutrina mais balizada, é possível que haja no caso concreto. Entende-se que se deve aplicar a mesma razão da valorização. Caso a ocupação desvalorize o imóvel, esta deve ser desconsiderada para arbitramento da

indenização.

O fundamento da indenização por desapropriação não é um ato ilegal do Estado, pelo contrário, trata-se de um ato legal e lícito. O que ocorre é que, mesmo atendendo os interesses públicos, em tese beneficiando até mesmo o expropriado, este suporta um sacrifício desproporcional, ferindo a isonomia. Essa ofensa isonomia deve ser compensada, por meio de pagamento de justa indenização.

O art. 12, §1º da Lei Nº 8.629/93 estabelece como critérios para pagamento da indenização de bem imóvel objeto de desapropriação por interesse social para reforma agrária pesquisa mercadológica segundo outros imóveis da região, sem considerar, contudo, as benfeitorias realizadas naquela propriedade.

Com efeito, o Supremo entendeu reputar inconstitucional tal medida, posto se tratar de quebra de isonomia, uma vez que desconsidera o real valor do imóvel, com suas benfeitorias. Mesmo se tratando de um verdadeiro desestímulo, por ofensa à função social da propriedade e da posse, a desapropriação de terras improdutivas não poderiam ofender à equidade, por expresse comando constitucional<sup>237</sup>.

Quando a Constituição Federal afirma que a indenização deverá ser *justa*, importa que a indenização deverá refletir, tanto quanto possível, o real valor sofrido pelo proprietário do bem<sup>238</sup>. O proprietário deverá monetarizar o bem imóvel com o mínimo de perdas possíveis. Por outra mão, não poderá haver uma valorização do imóvel. O ato administrativo não pode importar em enriquecimento sem causa do expropriado, muito menos em locuplemento da administração pública.

Sem embargos, além do valor real do imóvel, é de bom alvitre que a indenização abranja não apenas o valor do imóvel em si, mas os reflexos econômicos advindos da expropriação do bem. Portanto, o valor da expropriação

---

237Cf. BRASIL. *Desapropriação para Fins de Reforma Agrária*. Brasília: Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 2007. p. 19.

238Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. op. cit. p. 884.

deve incluir os juros moratórios desde a declaração de interesse social<sup>239</sup>.

O art. 12-A do Decreto-lei nº 3.365/41 estabelece como juros moratórios máximos o valor de 6% ao ano. Não obstante, o Supremo Tribunal Federal, em sede da Ação Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.32-2/DF entendeu pela inconstitucionalidade do limite de juros, por importar em perda do valor real, ofensa à isonomia, ao comando de equidade na indenização constante no art. 5º, XXIV.

Deve, ainda, compor à indenização os juros compensatórios. Os juros compensatórios são devidos desde a restrição da posse, tem o fito de compensar o expropriado, que se veria privado de seu bem prematuramente<sup>240</sup>.

Entretanto, no caso da desapropriação judicial, a autoridade expropriante é o próprio juízo que arbitrar a indenização, não havendo, assim, de se falar em juros compensatórios, já que não haverá diferença entre os valores pagos e arbitrados pelo magistrado.

A condição *sine qua non* para essa espécie de desapropriação é justamente a inexistência de posse sobre o bem por parte do proprietário. Quem possui a posse são os beneficiados pela medida, de tal maneira que o fundamento dos juros compensatórios encontra-se esvaziado

Por fim, devem compor a indenização quaisquer outras despesas indiretas, decorrentes da indenização, a fim de se recompor dos valores despreendidos, incluindo eventuais honorários advocatícios.

---

239Deve-se repetir, à exaustão, que a declaração nesse caso é devida desde a sentença judicial de conhecimento, transitada em julgado. Há controvérsia quanto ao valor dos juros a serem aplicados. O

240Diz-se prematuramente por que, em tese, ele só deveria ser expropriado do bem após o pagamento da indenização. A base de cálculo para os juros remuneratórios seria, justamente, a diferença entre a indenização efetivamente paga após uma eventual decisão judicial, daquela proposta pela administração pública.

Evidentemente, o valor da indenização deverá sofrer correção monetária. Em assim não o sendo, estaríamos diante de verdadeira depreciação do valor real do numerário, frente a inflação natural que ocorreria.

Superada a questão do dever de indenizar, insurge outro, de solução menos óbvia: o sujeito passivo da indenização. O texto normativo não explicita claramente quem deveria proceder ao pagamento, as normas acerca da desapropriação comum não são aplicáveis a este caso.

É que, em regra, o dever de indenizar é o do ente que possui a competência declaratório e executória. Contudo, neste caso, o órgão responsável pela declaração de interesse social pode não corresponder ao ente da federação responsável pela execução.

Tomemos por caso concreto a desapropriação judicial de bem imóvel dominial da União. A pessoa jurídica responsável pela declaração de utilidade pública será a União (por meio da Justiça Federal), pela normatização da desapropriação ordinária, a responsabilidade pelo pagamento seria a própria União (competência executiva; o expropriado seria também a própria União.

Estar-se-ia diante de usucapião de bem imóvel público simulado.

A construção do responsável pelo pagamento da indenização tem sido enfrentado pela doutrina, que tem posicionado em dois sentidos distintos, (i) caso o possuidor não seja hipossuficiente, ele próprio poderia ser responsável pelo pagamento dos valores; (ii) em se tratando de famílias hipossuficientes, a municipalidade deveria ser responsabilizada pelo pagamento dos valores.

A responsabilização das famílias que possuem a capacidade de pagamento da indenização, sem prejuízo de sua subsistência, parece correto, uma vez que o Estado não deve ser o único garante dos direitos fundamentais dos cidadãos, os quais devem, sempre que possível, serem responsáveis pelo próprio

desenvolvimento.

Tal posicionamento foi fixado pela I Jornada de Direito Civil, fundamentando-se na natureza privada da desapropriação. Com efeito, durante a I Jornada sequer foi ventilada a possibilidade de outros pagarem o valor da indenização, devendo sempre ser arcado pelo beneficiado. Entretanto, no III Jornada de Direito Civil, se debateu o caso de famílias hipossuficientes, que preenchessem os demais requisitos legais.

Diante de tal possibilidade, sem um consenso doutrinário, ou mesmo uma corrente que se mostre amplamente majoritária, as Jornadas de Direito Civil apenas aprovaram a responsabilidade da Administração Pública em suportar o valor da indenização no caso de famílias de baixa renda:

*308 – Art. 1.228. A justa indenização devida ao proprietário em caso de desapropriação judicial (art. 1.228, § 5º) somente deverá ser suportada pela Administração Pública no contexto das políticas públicas de reforma urbana ou agrária, em se tratando de possuidores de baixa renda e desde que tenha havido intervenção daquela nos termos da lei processual. Não sendo os possuidores de baixa renda, aplica-se a orientação do Enunciado 84 da I Jornada de Direito Civil.*

Sem embargos, não se exauriu o debate acerca da responsabilidade pelo pagamento. Não havendo, sequer, uma posição fortemente majoritária acerca da responsabilidade pelo pagamento da indenização, nos casos em que as famílias possesoras sejam de baixa renda.

Entretanto, parte substancial da doutrina atribui aos municípios a responsabilidade pelo pagamento da indenização das famílias hipossuficientes, por entender ser de competência dos municípios as políticas urbanísticas (art. 30, VIII da Constituição Federal)<sup>241</sup>, sendo de responsabilidade da União, em caso de imóvel

---

241Cf. ROSENVALD, Nelson e CHAVES, Cristiano. *Direitos Reais*. 8ª edção. Rio de Janeiro; Jus Podium. 2012. p. 82

rural. Tal posicionamento não merece prosperar.

José Afonso da Silva, política urbanística diz respeito à organização da ocupação das populações urbanas e rurais, com forte viés da proteção ambiental sustentável, saúde pública e qualidade de vida<sup>242</sup>. Assim, apenas o aspecto difuso do direito de Moradia é de competência constitucional dos Municípios.

Não é de competência exclusiva dos municípios as políticas habitacionais, mas de competência comum, entre União, Municípios e Estados-membros, nos termos do art. 23, IX e X da Constituição Federal.

O art. 23, IX expressamente trata da posse-moradia, ao estabelecer a competência comum para “*promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico*”. Uma vez que a desapropriação judicial privada por posse-moradia visa à satisfação da necessidade de habitação, não é de competência exclusiva dos municípios, mas comum entre os três esferas de poder<sup>243</sup>.

A Posse-trabalho, indubitavelmente, visa ao combate das “*causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos*”, ao passo que garante a propriedade sobre os meio de produção e subsistência da família.

Não se tem, portanto, uma competência específica, mas a Constituição, indistintamente, atribui competência comum à União, Estados-membros e Municípios para promoção de políticas pública de combate à pobreza e às moradias sub-humanas.

---

242Cf. SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico*. 6ª edição. São Paulo: Malheiros. 2010. p. 38.

243Na verdade, não é exagero afirmar que esse tipo de desapropriação beneficia não apenas as políticas de moradia, mas melhora as condições habitacionais e de saneamento básico. Uma vez que os imóveis estão devidamente regularizados, facilita o crédito imobiliário para melhoria das habitações, gera um ideia de pertença que, invariavelmente, leva à melhor manutenção dos próprios espaços públicos que compõem a comunidade.

A solução para a responsabilidade pelo pagamento de indenização das famílias em situação de vulnerabilidade social teria sido trazido pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/CE<sup>244</sup>.

---

244Cf. BRASIL. *Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/CE*. Supremo Tribunal Federal. Pleno. Relator: Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 16/06/2009, Data de Publicação: DJe-117 DIVULG 24/06/2009 PUBLIC 25/06/200, Ementa: Trata-se do pedido de suspensão de tutela antecipada nº 175, formulado pela União, e do pedido de suspensão de tutela antecipada nº 178, formulado pelo Município de Fortaleza, contra acórdão proferido pela 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nos autos da Apelação Cível no 408729/CE (2006.81.00.003148-1), que deferiu a antecipação de tutela recursal para determinar à União, ao Estado do Ceará e ao Município de Fortaleza, o fornecimento do medicamento denominado Zavesca (Miglustat), em favor de CLARICE ABREU DE CASTRO NEVES. Na origem, o Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública, com pedido de tutela antecipada, contra a União, o Estado do Ceará e o Município de Fortaleza, com o fim de obter o fornecimento do medicamento Zavesca (Miglustat) à Clarice Abreu de Castro Neves, portadora da doença Niemann-Pick Tipo “C” (fl. 3). O Juízo da 7ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Ceará determinou a extinção do processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC, por ilegitimidade ativa do Ministério Público, com base na maioria da pessoa doente e no fato de que o Ministério Público Federal não poderia substituir a Defensoria Pública (fls. 90-95). Contra essa decisão, o MPF interpôs recurso de apelação perante o TRF da 5ª Região (fls. 96-111). A 1ª Turma do TRF da 5ª Região deu provimento ao recurso, reconhecendo a legitimidade ativa do MPF para a propositura da ação civil pública, e deferiu a antecipação de tutela para que a União, o Estado do Ceará e o Município de Fortaleza fornecessem o medicamento Zavesca (Miglustat) à jovem de 21 anos portadora da doença neurodegenerativa progressiva (Niemann-Pick Tipo “C”). A União ajuizou pedido de suspensão, alegando, em síntese, a ilegitimidade ativa do Parquet Federal e a ilegitimidade passiva da União. Sustentou a ocorrência de grave lesão à ordem pública, uma vez que o medicamento requerido não foi aprovado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária e não consta da Portaria no 1.318 do Ministério da Saúde; e de grave lesão à economia pública, em razão do alto custo do medicamento (R\$ 52.000,00 por mês). Inferiu, ainda, a possibilidade de ocorrência do denominado “efeito multiplicador”. Em 8 de novembro de 2007, a Ministra Ellen Gracie determinou o apensamento da STA 178/DF a estes autos, por considerar idênticas as decisões formuladas. Na Suspensão de Tutela Antecipada nº 178, o Município de Fortaleza requereu a suspensão da decisão liminar com base, igualmente, em alegações de lesão à ordem pública em razão da ilegitimidade do Ministério Público para propositura de ação civil pública para defender interesse individual de pessoa maior de 18 anos (fls. 2-9 da STA 178). Em consulta ao endereço eletrônico da Agência Européia de Medicamentos – EMEA – na internet (<http://www.emea.europa.eu/humandocs/PDFs/EPAR/zavesca/H-435-WQ&A-pt.pdf>), verifico que o Laboratório Actelion Registration Ltd. retirou o pedido de indicação de uso do medicamento Zavesca para o tratamento da doença de Niemann-Pick tipo C (carta da empresa disponível no endereço eletrônico [http://www.emea.europa.eu/humandocs/PDFs/EPAR/zavesca/withdrawal\\_letter.pdf](http://www.emea.europa.eu/humandocs/PDFs/EPAR/zavesca/withdrawal_letter.pdf)). No comunicado, a Agência Européia informa que o processo de avaliação do pedido de indicação de uso tinha terminado com parecer negativo do CHMP (Comitê de Medicamentos para uso humano). Segundo o Comitê, o uso de Zavesca no tratamento de Niemann-Pick tipo C apresenta um benefício muito limitado e que os benefícios eram inferiores aos riscos e efeitos colaterais constatados. Considerando os termos do comunicado da Agência Européia de Medicamentos, informe o Ministério Público Federal, no prazo de 10 dias, se a paciente Clarice Abreu de Castro

No caso em tela, o Supremo pacificou o entendimento pela responsabilidade de fornecimento de tratamento médico, imprescindível para a vida do jurisdicionado, que não fosse fornecido regularmente pelo sistema público de saúde.

Nesse sentido, caso as políticas públicas de saúde fossem insuficientes para a garantia da vida e da saúde do cidadão, havendo possibilidade científica de tratamento eficaz, o Estado como um todo se responsabilizaria pelo custeio desse tratamento.

O fundamento encontra-se no art. 196 da Constituição, que garantiu a Saúde como direito universal e dever do Estado, sem repartir, de maneira clara, as competências entre os entes federativos<sup>245</sup>.

No julgamento elencado, temos alguns pontos de coincidência com a desapropriação judicial privada por parte de famílias em situação de vulnerabilidade social, as quais permitem que cheguemos à mesma conclusão.

Em ambos os casos, temos um direito social fundamental (saúde e moradia ou trabalho) que não foi satisfeito pelas políticas públicas. Temos o ordenamento jurídico que permite a solução do conflito social (no primeiro caso uma construção jurisprudencial formada pelo ativismo judicial, no outro se tem previsão expressa em Lei). Por fim, há competência comum dos três níveis de poder, sem uma definição clara da responsabilidade de cada um.

Parece, então, de clareza solar a obrigatoriedade da União, Estado e Município de proceder ao pagamento da indenização, de maneira igual, mesmo se tratando de bem imóvel público dominical.

---

Neves ainda realiza tratamento com o medicamento Zavesca (Miglustat). Em caso positivo, junte o interessado documentos que comprovem a necessidade e a eficácia do tratamento. Intime-se. Publique-se. Brasília, 16 de junho de 2009. Ministro GILMAR MENDES Presidente<sup>11</sup>

245 “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (Constituição Federal de 1988)



Com efeito, é imperioso destacar, ao final, posição minoritária, embora balizada. Para parte da doutrina, a interpretação de que a indenização possa recair sobre os possuidores fere, de morte, a função social da propriedade, no momento em que haveria uma “*penalização*” daqueles que deram destinação social ou econômica ao bem.

Destaca, os doutrinadores, que o vocábulo *extensa área* por si só inviabilizaria, posto se tratar de bem de grande valor. Ora, como já exposto, o instituto é uma forma originária de aquisição da propriedade<sup>246</sup>. Embora o imóvel original tenha grande extensão, a indenização se dará por cada parte efetivamente ocupada, individualmente considerada.

Evidentemente, tal controvérsia apenas se dá às parcelas cuja ocupação possa ser individualizada. Uma vez que possa ter sido dada uma destinação coletiva de determinada área (como uma praça, campo de futebol), essa área coletiva deverá, sempre, ser indenizada pelo poder público.

### 5.3. ANÁLISE DA DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL COMO DIREITO SUBJETIVO: PODER-DEVER OU FACULDADE DO ESTADO-JUIZ EM DESAPROPRIAR

Como analisado anteriormente, a desapropriação judicial privada é direito potestativo daquele que reúne em si, todas os requisitos para sua concessão. Não obstante, resta a dúvida quanto à natureza da desapropriação judicial privada.

O Estado-juiz se apresenta como substituta da Administração Pública, capaz

---

<sup>246</sup>Ora, é evidente que a atribuição do ônus indenizatório sobre os possuidores retira muito da utilidade social do instituto. Com efeito, a alusão à “*extensa área*” ocupada ininterruptamente por “*considerável número de pessoas*” remete prontamente à situação das comunidades formadas em favelas. “*Favela*” é, com toda sua força semântica, a palavra omitida no dispositivo, a realidade dura que o Código Civil não menciona, mas que seguramente serviu de inspiração à elaboração dos §§ 4Q e 5Q do art. 1.228. A assertiva pode ser comprovada pelo célebre precedente da Favela do Pullman, que, embora decidido antes da vigência da nova codificação e em sentido bem diverso do que restou ali preconizado, vem sendo até hoje invocado como principal exemplo de situação concreta que atrairia a incidência dos dispositivos em questão.

de declarar o interesse social de determinado bem, passando à sua desapropriação. Entretanto, como visto alhures, na desapropriação administrativa subsiste um mérito de conveniência e oportunidade, a ser julgado pelo gestor público<sup>247</sup>.

É imprescindível compreender o que é direito subjetivo e qual seria o limite do magistrado para a persecução dos direitos fundamentais no caso em tela. Direito subjetivo é a perfeita adequação do fato da vida, à previsão abstrata jurídica (direito objetivo).

É indissociável a existência de um direito objetivo para que possa, ou não, ocorrer um direito subjetivo. A doutrina negativista, comumente, trata o direito subjetivo como a mera subsunção do fato ao direito objetivo. Assim, havendo o caso previsto em lei, surge o direito subjetivo.

Apesar de ser verdadeira a proposição que todo e qualquer direito subjetivo se relaciona diretamente com o direito objetivo, a simples subsunção não é capaz de atender às necessidades sociais. É preciso que se compreenda que o direito subjetivo é uma relação entre fatos valorados perante o direito objetivo<sup>248</sup>.

Uma vez que determinados fatos valorados encontram previsão jurídica (Kelsen), nasce uma pretensão juridicamente garantida (Duguit). Portanto, tem-se aqui um direito popestativo de se ver declarado o interesse social de determinado bem imóvel, para satisfazer a pretensão de um direito subjetivo reprimido dos requerentes.

Não pode o magistrado, portanto, invocar o mérito administrativo para negar o pleito dos demandantes, sem prejuízo da análise da razoabilidade do pedido. A

---

247 “Em suma, o agente público responsável deverá, inevitavelmente, avaliar se tal desapropriação é conveniente, ou seja é adequada à satisfação das necessidades dos requerentes, e se é oportuna, se a ocasião temporal é própria para que tal ato (desapropriação) seja procedida conforme uma espécie de mérito administrativo. Assim, o magistrado poderia verificar, com uma maior liberdade, a existência ou não de interesse público para que a desapropriação ocorresse (cf. Schreiber, Anderson. *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 273)

248Cf. REALE, Miguel. *Lições Preliminares do Direito*. op. cit. p. 263.

razoabilidade é um princípio jurídico de jaez constitucional, que importa em infirma que as decisões<sup>249</sup> do Estado devem ser sensatas, razoáveis.

Assim, qualquer norma jurídica emanada pelo poder constituído deve ser revestida de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação consiste na possibilidade da decisão realmente modificar a realidade fática, com intuito de se satisfazer a pretensão. Assim, caso os direitos fundamentais da moradia ou trabalho possam ser satisfeitos por meio da desapropriação, esta poderá ser realizada.

A necessidade importa na escolha na medida menos gravosa, no caso em tela é preciso se verificar se, diante da realidade dos fatos, o sacrifício suportdo pelas partes poderá ser o de menor gravidade para ambas. Havendo, pois, outra solução jurídica que atenda à pretensão dos requerentes, esta deverá ser adotada.<sup>250</sup>

Por fim, a proporcionalidade em sentido apertado significa na efetividade da decisão, limitando-a a sua gravidade tanto quanto possível. Nesse caso, não só se escolheu a medida menos protetiva (faticamente, é menos oneroso manter o valor pago e acordado pela casa, que o próprio imóvel, além de ser mais seguro, uma vez que se evita a deterioração natural do bem).

Nos casos de famílias em situação de vulnerabilidade social, há outro limitador da atuação do juiz: a reserva do possível, que tem sido comumente

---

249Quando fala-se em decisões, não se deve entender apenas por decisões judiciais, mas qualquer ato, norma emanada pelo Estado, seja num processo legiferante, seja num processo judicial.

250Com efeito, parece difícil haver outra solução de menor sacrifício. Pelo contrário, a desapropriação judicial parece ser uma solução menos sacrificante, que poderia ser utilizada frente ao usucapião. Entretanto, como usucapião, *per se*, é causa de aquisição da propriedade, sem interpelação judicial, apenas se houvesse previsão legislativa, entende-se que seria possível sua substituição.

afastado pelos tribunais<sup>251</sup>.

A reserva do possível é, em síntese, a impossibilidade fática de se garantir um direito fundamental. Dessa maneira, a obrigação do Estado permanece, contudo ele é incapaz de garantir determinado direito fundamental.

---

<sup>251</sup>Equivocadamente, os tribunais tem entendido que a reserva do possível não pode ser invocada para afastar a satisfação dos direitos fundamentais. Com efeito, tal argumento não pode ser levianamente invocado, mas é possível, posto que o desequilíbrio orçamentário leva, invariavelmente, à não satisfação de diversos outros direitos fundamentais.

## 6. DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL DE BENS IMÓVEIS PÚBLICOS

### 6.1. DELIMITAÇÃO DOS BENS IMÓVEIS PÚBLICOS PASSÍVEIS DE DESAPROPRIAÇÃO

Como já exposto, os bens imóveis públicos são classificados como sendo especiais, de uso comum do povo ou dominicais. Os bens especiais são aqueles afetados ao uso da própria administração pública, possibilitando que ela preste os serviços públicos. Os bens de uso comum do povo são aqueles afetados ao uso da população de maneira geral. Por fim, os bens dominicais são aqueles que não possuem uma afetação específica, estando à disposição do Estado.

Os bens de uso especial, já que são utilizados diretamente pelo Poder Público, eles satisfazem sua função social e o interesse público. Uma vez que atendem aos interesses públicos de toda a coletividade, eles não poderiam ser desapropriados, nos termos do Código Civil de 2002.

De tal forma que sua desapropriação privada importaria em prejuízo à coletividade, já que o bem estaria “à *serviço do povo*”, ainda que de forma indireta por meio de sua utilização por parte da Administração Pública<sup>252</sup>.

---

<sup>252</sup>Importante destacar, como exposto alhures, que o fundamento para a desapropriação judicial privada é o interesse do Estado na promoção dos direitos fundamentais. Assim, o Estado tem o dever de, dentro da reserva do possível, buscar a satisfação dos direitos fundamentais da maior parcela da população. Os bens de uso especial já buscam a satisfação dos interesses coletivos, dando eles utilizados conforme a destinação de cada bem, geralmente diretamente pela Administração Pública: “35. Como os bens de uso especial são aqueles onde estão instaladas repartições públicas, compreende-se que, como regra, o uso que as pessoas podem deles fazer é o que corresponda às condições de prestação do serviço ali sediado. Assim, *exempli gratia*, o acesso a um museu, a um teatro, a um campo de futebol ou ginásio esportivo públicos dar-se-ão nos termos regentes da utilização dos serviços. Sem embargo, casos há em que os administrados podem obter um uso exclusivo sobre partes das áreas de bens de uso especial, porser esta justamente a destinação das sobreditas áreas. E o que se passa nos mercados

Os bens de uso comum de povo, como são utilizados diretamente pela população de maneira geral, satisfazem, de forma mais óbvia, diversos direitos fundamentais. Geralmente ligados a direitos difusos, como meio ambiente, lazer, os bens de uso comum do povo não poderiam ser expropriados para o atendimento de direitos fundamentais individuais<sup>253</sup>.

Os bens de uso comum são, em regra, utilizados indistintamente, por todos os cidadãos, a restrição de seu uso se dará, unicamente, de maneira excepcional, por meio de normas gerais aplicáveis a todos<sup>254</sup>.

Dessa sorte, os bens de uso comum de povo sempre estarão afetados a algum dos direitos fundamentais constantes na Constituição Federal, aplicando-se, assim, a ideia que o sacrifício geral de um direito fundamental para satisfação de direitos fundamentais de uma determinada parcela da população é demasiadamente oneroso para ser suportado.

Por fim, como concluiu a IV Jornada de Direito Civil do Conselho Nacional da Justiça Federal, apenas os bens dominiais seriam passíveis de desapropriação judicial privada<sup>255</sup>.

Tal entendimento, contudo, padece de equívoco. A justificativa para o

---

*públicos e centros de abastecimento. O Poder Público, então, defere, mediante licitação, permissão de uso ou concessão de uso destes “boxes” onde se instalarão os comerciantes interessados” (cf. MELO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. op. cit. p. 929-930).*

253 Não se trata de uma questão de hierarquia de direitos fundamentais, já que essa teoria não é adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, mas uma questão de razoabilidade. O sacrifício suportado pela coletividade, no caso de expropriação de bem de uso comum do povo, seria demais para justificar a satisfação de famílias determinadas. Essa ponderação, em abstrato, afastaria a possibilidade de utilização da inteligência constante no art. 1.228, §§ 4º e 5º do Código Civil.

254 Cf. MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. op. cit. p. 926.

255 Neste sentido, como já afirmado, o enunciado 304 da IV Jornada de Direito Civil: “304 — Art. 1.228: São aplicáveis as disposições dos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil às ações reivindicatórias relativas a bens públicos dominicais, mantido, parcialmente, o Enunciado 83 da I Jornada de Direito Civil, no que concerne às demais classificações dos bens públicos. (cf. BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *IV Jornada de Direito Civil*. Volume I. AGUIAR, Ruy (organizador). Brasília: CJP. 2005. p.39 )

enunciado encontra-se evidenciado de um sério problema acerca da concepção de bens dominicais: que essa condição prescinde seu descumprimento à função social. Nesse sentido, os autores do enunciado esporam:

*“Os §§ 4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil introduzem um mecanismo de efetivação da função social da propriedade, ao autorizar em acesso à propriedade por parte de quem nela trabalha, estabelece moradia ou, de alguma forma, realiza serviços considerados social e economicamente relevantes. A rigor, se, na legalidade constitucional, a propriedade legitima-se a partir do cumprimento de sua função social, não há por que excluir do alcance do preceito constitucional o bem público dominical que, com maior razão, deve ser destinado à satisfação dos objetivos fundamentais da República.*

*Nem se pode imaginar que uma situação de abandono dos bens públicos por parte da Administração seja legitimada constitucionalmente, sob o pretexto da supremacia do interesse público em relação ao particular, sobretudo quando se trata de bens dominicais, que não se encontram afetados a nenhuma finalidade pública”<sup>256</sup>.*

Assim, a construção doutrinária que todo e qualquer bem dominical importe em bem “*abandonado*” pela administração pública é equivocado. É possível se ter um bem dominial pública que esteja atendendo suas funções sociais.

Sem embargos, é bem verdade que apenas bens dominicais são passíveis de não estarem atendendo suas funções.

*Verbi Gratia* teríamos os bens destinados às futuras instalações de praças públicas, dentro de um planejamento urbanístico, aprovado em plano diretor. Esses bens, enquanto não fossem efetivamente afetados como de uso comum do povo, permaneceriam na condição de bens dominicais.

Entretanto, tais bens não estariam “*abandonados*” pelo poder público, apenas

---

256Cf. BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *IV Jornada de Direito Civil*. Volume II. op. cit. p. 624.

estariam aguardando o planejamento urbanístico. É o caso do Decreto Distrital nº 10.829, de 14 de outubro de 1987, que instituiu o setor Noroeste do Plano Ploto de Brasília e estabeleceu a forma de ocupação do plano piloto, após a revisão do plano de ocupação original.

O Setor Noroeste fora concebido no replanejamento de Brasília (Brasília Revisitada 1985/1987)<sup>257</sup>. Entretanto, apenas em 2009 foi realizado o lançamento imobiliário do setor.

Dessa feita, entre o período do planejamento urbanístico (1987) e o lançamento imobiliário e início da efetiva utilização dos bens imóveis dominicais do setor (2009) não se tem uma utilização dos imóveis pela posse, mas um planejamento que retira da ociosidade tal região, sem afetá-la.

Nesse caso, temos direitos fundamentais de gerações futuras, garantidos pelo planejamento urbano, como moradia, meio ambiente, trabalho.

Outro exemplo que ilustra que nem todo bem imóvel público dominical não atende sua função social é o caso dos terrenos de marinha. Os terrenos de marinha compreendem a área de trinta e três metros da menor maré medida em 1831, conforme o disposto no art. 2º do Decreto-lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946.

As cortes superiores firmaram o entendimento que os terrenos de Marinha podem ser considerados como bens dominicais, podendo haver inclusive a transferência precária do domínio útil<sup>258</sup>. De forma semelhante, tem-se as terras devolutas de fronteira.

Esses imóveis atendem sua função social, devido sua posição estratégica. Assim, mesmo sem uma destinação de posse. Diante do exposto, é possível a

---

257COSTA, Lúcio. Brasília Revisitada. *Revista Projeto*. Junho de 1987. p. 115-122.

258 Com efeito, ao aplicar a possibilidade de usucapio de domínio útil, o Supremo Tribunal tratou terrenos da Marinha como sendo dominicais (cf. BRASIL. *Recurso Extraordinário nº 589.272/PE*. Relator: Min. CARLOS BRITTO, Data de Julgamento: 10/11/2009)



desapropriação judicial privada de bens imóveis públicos, que não atendem sua função social, considerando que os bens públicos de uso especial e de uso comum do povo, por sua natureza, atendem sua função social.

## 6.2. CONFLITOS DE ORDEM REPUBLICANA

### 6.2.1. Conflito entre os poderes: a função jurisdicional interferindo na esfera da Administração pública

Na desapropriação judicial de bem imóvel público, tem-se aparente conflito com o princípio da separação dos poderes, consubstanciado no art. 3º da Constituição Federal. Não obstante, para adentrar-se nesse tema, se faz necessário que analisemos com certa profundidade o instituto da separação dos poderes.

A concepção da separação dos poderes foi uma construção das revoluções burguesas do século XVIII, que culminou no liberalismo clássico. A intangibilidade da separação dos poderes é tão arraigado, que o art. 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão a consideram condição *sine qua non* de uma Constituição<sup>259</sup>.

O primeiro diploma Constitucional brasileiro, outorgado em 1824, pelo então imperador Dom Pedro I, já previa a separação dos poderes, como mecanismo

---

259Com efeito, o art. 16 estabelece duas condições essenciais para que subsista uma Constituição: a separação dos poderes/funções estatais e um rol de direitos fundamentais, assim considerados aqueles de maior relevo, ganhando proteção jurídica e características de inalienabilidade, imprescritibilidade, universalidade. Canotilho explana que o Estado Constitucional necessita ter tanto uma separação, quanto uma interdependência entre os órgãos de soberania (cf. CANOTILHO, José José Joaquim Gome. **Direito Constitucional**. 6ª edição. Coimbra: Livraria Almeida. 1993. p. 63)

essencial para a garantia dos direitos fundamentais, em sua seção 3<sup>o</sup><sup>260</sup>.

No Brasil, todas as Constituições previram a separação entre os poderes, ainda que de forma meramente simbólica<sup>261</sup>, como é o caso da Constituição Imperial de 1824, e dos diplomas Constitucionais do período de exceção (1964-1988).

Sem embargos, seria ingênuo acreditar que haveria qualquer garantia concreta das liberdades do cidadão, sem a desconcentração do poder estatal por meio da distribuição de suas funções a órgãos distintos, que os exerceria conforme o sistema jurídico em vigor<sup>262</sup>.

Concentração do poder em algum, ou em poucos, órgãos do aparato estatal leva ao Estado Totalitário, ou ao menos fere de morte a democracia. Assim, não é possível nem se falar em Estado de Direito sem, por exemplo, a existência do poder judiciário livre e independente para prolação de normas jurídicas em concreta

---

260 Art. 9. A Divisão, e harmonia dos Poderes Politicos é o princípio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer effectivas as garantias, que a Constituição offerece.

Art. 10. Os Poderes Politicos reconhecidos pela Constituição do Imperio do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial.

Art. 11. Os Representantes da Nação Brasileira são o Imperador, e a Assembléa Geral.

Art. 12. Todos estes Poderes no Imperio do Brazil são delegações da Nação.

261 Sem sombras de dúvidas, uma das Constituições que previa a separação de maneira menos efetiva foi a Constituição de 1967, devido ao Ato Institucional nº 5, que previa a possibilidade do presidente legislar amplamente durante o recesso parlamentar, enquanto que lhe outorgava a decretar recesso parlamentar livremente:

Art. 2º - O Presidente da República poderá decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas e das Câmaras de Vereadores, por Ato Complementar, em estado de sitio ou fora dele, só voltando os mesmos a funcionar quando convocados pelo Presidente da República.

§ 1º - Decretado o recesso parlamentar, o Poder Executivo correspondente fica autorizado a legislar em todas as matérias e exercer as atribuições previstas nas Constituições ou na Lei Orgânica dos Municípios.

262 De mais a mais, é interessante transcrever o pensamento do filósofo francês Montesquieu: "Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos" (cf. MONTESQUIEU, Charles de Secondat, barão de. **O Espírito das Leis**. 2ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes. 2000, p. 31.

para dirimir eventuais lides<sup>263</sup>.

Dessa sorte, os sistemas de governo autoritário passam, inexoravelmente, pela concentração de poder político num órgão específico do governo, em geral, dentro do executivo<sup>264</sup>. Nem sempre essa concentração de poder é expressa, pode ser, inclusive, rechaçada pelo sistema jurídico vigente.

Não obstante, esses conjuntos de órgãos que compõem o Estado, dividindo seus poderes e funções, devem ser harmônicos e interdependentes. Não é concebível a total e completa dissociação entre os vários órgãos que compõem o corpo estatal, nem o fisiologismo entre os variados órgãos<sup>265</sup>.

Com efeito, não se trata de diversos Estados dentro de um território, mas o mesmo Estado que, se organizando a nível constitucional, determina a atuação de órgãos de soberania. Hans Kelsen, inclusive, não utilizava o termo “separação dos poderes”, preferindo ele a expressão “*distribuição dos poderes*”<sup>266</sup>.

Subsistindo três modelos básicos de separação estatal com interdependência:

---

263Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes.

264Cf. SCHITT, Carl. **La Dictadura**. Madrid: Revista de Occidente. GARCIA, José Diaz (tradutor). 1968, p. 163.

265Vale a pena transcrever trecho do voto do ministro do Supremo Tribunal Federal, Joaquim Barbosa, por ocasião do julgamento da Ação Penal nº 470/MG, que tratava da compra de fidelidade ao governo de membros do congresso nacional “Chegando ao dito núcleo político, permito-me tecer algumas considerações de ordem genérica quanto à corrupção. E isso porque a acusação de corrupção, ativa e passiva, constitui o núcleo da presente ação penal. Tudo teria começado, segundo o órgão da acusação, com a intenção do Partido dos Trabalhadores, vitorioso nas eleições ao Governo Federal de 2002, de obter maioria no Congresso a fim de assegurar a aprovação dos projetos e a continuidade de sua orientação política, o que se teria buscado viabilizar mediante a compra de votos dos parlamentares, caminho dos mais reprováveis porquanto destrói os pilares do regime democrático, fazendo com que a opção política caracterize o domínio absoluto de uma linha que domina o sistema em determinado momento histórico. (BRASIL. Ação Penal nº 470/MG. Supremo Tribunal Federal. Relator ministro Joaquim Barbosa. Data de Julgamento: 31/01/2014, Data de Publicação: DJe-026 DIVULG 06/02/2014 PUBLIC 07/02/2014, p. 52.983-52.984)

266KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Estado e do Direito*. 3ª Edição, 2ª Tiragem. São Paulo: Martins Fontes. 2000. p. 390.

(i) a atribuição de uma função a cada estrutura organizacional, vedando-se a possibilidade de exercício de funções paralelas;

(ii) a atribuição das funções estatais a todos os órgãos, contudo uma de caráter principal e as outras duas de caráter secundário;

(iii) atribuição de uma função principal para cada órgão, com possibilidade de prática de certos atos que seriam típicos a outros órgãos e a existência de atos que prescindiriam a participação de dois ou mais poderes<sup>267268</sup>.

Assim, determinadas funções ou poderes podem ser exercidas exclusivamente por determinado sistema orgânico do Estado, ou preferencialmente por determinado sistema, havendo possibilidade de exercício de funções ou poderes atípicos; ou a permissão que atos específicos, que em tese seriam competência de sistema orgânica diverso, podem ser realizados por outro sistema.

Há de se compreender, para fins desse trabalho, que adotamos a distinção entre funções e poderes estatais<sup>269</sup>, conforme será explanado alhures.

A classificação material das atividades estatais as dividem em funções normativa (produção de normas), administrativa (execução de normas) e jurisdicional (aplicação das normas).

A função normativa do Estado é aquela pela qual o Estado edita normas jurídicas gerais e abstratas, com intuito de regulação da vida dos diversos agentes da sociedade, tanto os indivíduos, agentes econômicos ou agentes públicos.

---

267Cf. PINTO, Bilac. Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública. 2 ed. Atualização de Alexandre dos Santos Aragão. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2002

268Se faz necessária a diferenciação entre poderes e funções.

Funções são ofícios ou autoridades que exercem o poder estatal, para benefício do povo. A classificação orgânica (ou subjetiva) das funções as dividem em poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário. Aqui, poder seria o centro ativo das funções estatais.

269Grande parte da doutrina rechaça a concepção de “poderes” estatais, por compreender que o poder do Estado sera apenas um (soberania):

A função judiciária<sup>270</sup> tem o escopo de criação de normas jurídicas em concreto, ou norma jurídica individualizada, com tendência à perenidade, após superados os meios de impugnação e enquanto permanecidos os pressupostos fáticos da norma.

Quanto à norma jurídica, temos por pressupostos essenciais que ela é elemento essencial de um dado ordenamento, enquanto preceitua uma inovação primária (tem força por si só).

Deve-se diferenciar lei e norma. Norma é um comando primário, inovador e pode ser emanada de órgão derivado; enquanto que lei pode ter, ou não, caráter normativo<sup>271</sup>, é atribuída a característica primária e emanada de órgão específico e originário<sup>272</sup>.

Apesar da concepção moderna remeter às obras do período *iluminista*, é em Aristóteles que temos uma das mais remotas construções de filosofia política acerca da separação da atuação estatal.

Em sua obra *Política*, Aristóteles define política como sendo o meio de perseguição da felicidade, seja ela individual (ética), seja ela coletiva (política em sentido estrito). Contudo, não é possível organizar um Estado e uma sociedade sem

---

270Hans Kelsen não concebia a possibilidade de separação das funções administrativas e judiciais, compreendendo que ambas eram a execução de normas abstratas (cf. KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Estado e do Direito*. op.cit p, 386 e ss.) Nesse sentido ele aduz: “Uma separação entre o poder judiciário e o chamado poder executivo também é possível apenas num grau comparativamente limitado. Uma separação estrita dos dois poderes é impossível, já que os dois tipos de atividade habitualmente designados por esses termos não são funções essencialmente distintas. Na verdade, a função judiciária é executiva no mesmo sentido em que a função comumente descrita por esse termo; a função judiciária também consiste na execução de normas gerais. Que tipo particular de execução de normas gerais é chamada “judiciária”? A questão só pode ser respondida por meio de uma descrição das atividades típicas dos tribunais civis e criminais”. Contudo, diante das características de ambas, da política constitucional adotada no Brasil, tem-se que são funções soberanas distintas.

271O Lugar-comum é o caráter normativo da Lei, não obstante é comum que determinado expediente seja apenas formalmente uma lei, enquanto que materialmente possa se tratar de um verdadeiro ato administrativo. É o caso de

272Cf. GRAU, Eros Roberto, *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros Editores, 1996

unidade<sup>273</sup>. A conjunção dos diversos poderes e funções de um estado seriam essenciais ao dinâmico da soberania:

*“O Estado, ou sociedade política, é até mesmo o primeiro objeto a que se propôs a natureza’. O todo existe necessariamente antes da parte. As sociedades domésticas e os indivíduos não são senão as partes integrantes da Cidade, todas subordinadas ao corpo inteiro, todas distintas por seus poderes e suas funções, e todas inúteis quando desarticuladas, semelhantes às mãos e aos pés que, uma vez separados do corpo, só conservam o nome e a aparência, sem a realidade, como uma mão de pedra. O mesmo ocorre com os membros da Cidade: nenhum pode bastar-se a si mesmo. Aquele que não precisa dos outros homens, ou não pode resolver-se a ficar com eles, ou é um deus, ou um bruto. Assim, a inclinação natural leva os homens a este gênero de sociedade”<sup>274</sup>.*

A divisão de poderes numa democracia, consistiria na atribuição de funções desse Estado aos seus cidadãos. A divisão de poderes não seria afeta a estruturas orgânicas, mas a cidadãos.

A origem da separação dos poderes para o Direito brasileiro tem origens no postulado de Montesquieu. Segundo o qual a separação não prescindiria de um enrijecimento, mas se pressupunha um equilíbrio e uma interpenetração<sup>275</sup>.

Seriam três os poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário, sendo esse último o de menor importância, cabendo apenas explicitar a vontade da lei em casos de conflitos penais e entre particulares. O judiciário, portanto, apenas interpreta as normas definidas pelo legislador, sem uma atividade criativa.

Montesquieu construiu sua tese numa tentativa de defesa das liberdades individuais. Diferente do Direito norte-americano cujo fundamento se baseia muito mais numa ideia de eficiência que defesa das liberdades.

---

273 Cf. ARISTOTELES. *Política*. op. cit.

274 Cf. ARISTOTELES. *Política*. op. cit.

275 Cf. GRAU, Eros Roberto. op. cit.

Já Locke propôs a separação dos poderes em Executivo, Federalista e Legislativo.

As funções executiva e federalista estariam dentro de um mesmo conjunto orgânico de poder, o poder Executivo-federalista, em contraponto do poder legislativo. Ao poder federalista, caberia a defesa nacional e a proteção dos interesses da sociedade no plano internacional<sup>276</sup>.

O federalismo trataria, portanto, de questões de soberania, de tratado internacional, de relações exteriores. Era a representação da Nação perante outras nações.

Para ambos, o judiciário possuiria uma função secundária, se em comparação aos demais poderes. Vale destacar que esse pensamento filosófico fora anterior à doutrina do *judicial review*, que será melhor tratada quando da análise do modelo norte-americano de tripartição de poderes.

Para Montesquieu, a ausência de rigidez na separação dos poderes era patente, especialmente no tocante à participação do Executivo no processo legislativo, por meio do veto às leis aprovadas.

Importante reiterar que é um equívoco comum a crença que a flexibilização da separação dos poderes é algo recente, mas algo intrínseco à teoria desde sua concepção<sup>277</sup>. Não é possível conceber que qualquer das funções do Estado não possa, de forma secundária, ser exercida por outro poder.

Em verdade, o que se tem é uma distribuição precípua das funções estatais em determinados sistemas organizacionais, esses sistemas, em si, possui certa autonomia, mas não possuem, de forma alguma, a separação total do corpo estatal.

---

<sup>276</sup>Cf. GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. op. cit.

<sup>277</sup> Vide MIRANDA, Pontes de. Independência e Harmonia dos Poderes in *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais. RDP 20/9, abr-jun, 1972.

Todo o sistema de poder estadunidense se baseia nos axiomas *liberdade individual e separação dos poderes*, não fugindo à regra o modelo de separação dos poderes. Esse modelo, contudo, sofre mutações constantes, a última, que revisou a jurisprudência da Suprema Corte acerca do art. I, foi o caso *Alden versus Maine*, visto mais adiante.

O sistema norte-americano difere do modelo trazido por Montesquieu e Locke pela importância dada ao Judiciário. Enquanto nos modelos anteriores, o Judiciário desempenhava um papel secundário, servindo apenas para dirimir conflitos entre os cidadãos, ou aplicação da Lei penal<sup>278</sup>, o sistema de *Judicial review* criado no seio da Constituição dos Estados Unidos, elevou o judiciário à garante do Sistema Jurídico.

Nessa perspectiva, o *Direito* não apenas vincula a decisão do magistrado, mas também as escolhas políticas dos outros poderes. Assim, como intérprete do Direito, sempre que os atos dos outros poderes fugirem ao *law*, o Judiciário poderá, legitimamente, rever esses atos.

A construção estadunidense de separação dos poderes foi feita de maneira muito mais empírica que filosófica. Foram duzentos anos de construção, baseados mais nos *leadings cases* da Suprema Corte, do que em emendas constitucionais.

Assim, vale ressaltar que tratar da separação dos poderes nos Estados Unidos quase se confunde com uma revisita à jurisprudência da Corte Constitucional daquele país<sup>279</sup>.

A doutrina do *judicial review* remota ao juiz Marshall, que prolatou a

---

278 Cf. GRAU, op. cit.

279 Cf. TRIBE. Op. Cit. P. 127.



decisão da Suprema Corte Americana no caso *Marbury versus Madison* (1803)<sup>280</sup>.

(...) desde essa sentença [*Marbury v. Madison*] de 1803, a revisão judicial, entendida como controle judicial sobre a constitucionalidade das leis, vai desenrolar-se e a concluir-se como sendo uma peça central do sistema, incluso em toda a sociedade americana<sup>281</sup>.

No célebre caso *Marbury versus Madison*, o secretário de Justiça do presidente Tomas Jefferson, James Madison se recusara a entregar diploma de nomeação ao juiz de paz William Marbury. Este impetrou *writ of mandamus* perante a Suprema Corte, para que essa ordenasse ao secretário de justiça que entregasse o diploma.

Alguns entendimentos da Suprema Corte são de suma importância. O primeiro é a submissão do agente público à *Law*, de tal forma que o judiciário, enquanto legítimo defensor do sistema jurídico, tem o poder para revisar tais atos. O princípio da legalidade estrita ganha, assim, uma máxima efetividade, vinculando as decisões e atos administrativos.

*By the act concerning invalids, passed in June 1794, the Secretary at War is ordered to place on the pension list all persons whose names are contained in a report previously made by him to Congress. If he should refuse to do so, would the wounded veteran be without remedy? Is it to be contended that where the law, in precise terms, directs the performance of an act in which an individual is interested, the law is incapable of securing obedience to its mandate? Is it on account of the character of the person against whom the complaint is made? Is it to be contended that the heads of departments are not amenable to the laws of their country?*<sup>282</sup>.

Outro entendimento importante foi a possibilidade de *judicial review* de

---

280 Cf. ENTERRIA, Eduardo. *La invención norte-americana de la Judicial Review y su papel central em el sistema*. In: *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Editora Civitas, p. 123

281 Cf. ENTERRIA, op. Cit, p. 126.

282 USA. Supreme Court. *Madison vs Malbury*.

leis formalmente constitucionais, mas substancialmente contrárias à Constituição, assim declarada por decisão difusa.

No final do século XIX, a Suprema Corte americana toma uma posição mais retida na separação dos poderes. Os poderes não poderiam atuar no sentido de interferir em matéria *interna corporis* de outros poderes<sup>283</sup>, salvo por imposição inserta no corpo normativo constitucional. Julgamento emblemático nesse sentido é o *Kilbourn versus Thompson*.

No caso citado, a Casa dos Representantes inquiriu o testemunho de Hallet Kilbourn. Ao se recusar a responder e a apresentar as provas cabíveis, foi preso, por ordem da comissão da casa legislativa.

A Suprema Corte entendeu ser incabível a prisão, posto não ser competência constitucional da Casa dos Representantes. Os assuntos tratados num inquérito parlamentar deve se reter às questões sobre as quais o parlamento poderia legislar, não se adentrando em questões pessoais dos investigados, as quais não poderiam resultar numa nova legislação.

Esse endurecimento na posição acerca da separação dos poderes, mais uma vez, teve o escopo de defender as liberdades dos cidadãos. A liberdade é, sem sombra de dúvidas, a base para a separação do poder estatal.

Contudo, a Suprema Corte não definiu uma separação rígida, mas uma respeito aos preceitos daquela Constituição. O próprio processo legislativo, conforme infere-se na Constituição Norte-Americana, em seu Art. I, § 7<sup>284</sup>, determina

---

283 Cf. TRIBE, op. Cit. P. 122

284 ArtI, § 7 – “All bills for raising Revenue shall originate in the House of Representatives; but the Senate may propose or concur with Amendments as on other Bills.

Every Bill which shall have passed the House of Representatives and the Senate, shall, before it become a Law, be presented to the President of the United States; If he approve he shall sign it, but if not he shall return it, with his Objections to that House in which it shall have originated, who shall enter the Objections at large on their Journal, and proceed to reconsider it. If after such Reconsideration two thirds of that House shall agree to pass the Bill, it shall be sent, together with the Objections, to the other House, by which it shall likewise be reconsidered, and if approved by two

a participação do Executivo no processo legislativo<sup>285</sup>, através da emissão do veto.

Outro modelo de separação de poderes que possui forte influência sobre o brasileiro, é o alemão. A tripartição dos poderes está inserida no art. 20, alínea 2 da Constituição federal alemã<sup>286</sup>.

Contudo, o texto normativo constitucional alemão não faz menção expressa ao modelo de separação de poderes, se limitando a uma fórmula genérica de tripartição, que o poder estatal emana do povo, sendo exercido por órgãos especiais: legislativo, executivo e judiciário.

Advindo desse texto normativo, se consolidou na doutrina alemã que a Constituição Federal vedou o exercício de qualquer função estatal por outro poder, ao qual a função não tenha sido atribuída<sup>287</sup>.

No sistema jurídico alemão, conforme Hesse, o enunciado contido no art. 20, alínea 2 da Constituição alemã não trata expressamente da separação ou equilíbrio dos poderes, mas tão somente é um “ancoramento jurídico-positivo para um dogma suprapositivo”.

Nessa concepção, é inerente a uma democracia a separação das funções

---

thirds of that House, it shall become a Law. But in all such Cases the Votes of both Houses shall be determined by Yeas and Nays, and the Names of the Persons voting for and against the Bill shall be entered on the Journal of each House respectively. If any Bill shall not be returned by the President within ten Days (Sundays excepted) after it shall have been presented to him, the Same shall be a Law, in like Manner as if he had signed it, unless the Congress by their Adjournment prevent its Return, in which Case it shall not be a Law.

Every Order, Resolution, or Vote to which the Concurrence of the Senate and House of Representatives may be necessary (except on a question of Adjournment) shall be presented to the President of the United States; and before the Same shall take Effect, shall be approved by him, or being disapproved by him, shall be repassed by two thirds of the Senate and House of Representatives, according to the Rules and Limitations prescribed in the Case of a Bill”.

285 Cf. TRIBE, op. Cit. P. 122.

286 Artikel 20 [Verfassungsgrundsätze – Widerstandsrecht] Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt.

287Cf. HESSE, Conrard. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Luiz Sérgio Heck (tradutor). Porto Alegre: Sergio Antonio Febreis. 1998. p. 366.

estatais em diversas estruturas orgânicas, independentes e harmônicas entre si, não necessitando que o texto constitucional o diga expressamente, é logicamente dedutível do princípio democrático.

Contudo, a organização estatal trazida pela Carta Magna Alemã a exemplo de outros sistemas constitucionais, permite certas entrâncias e interferência de um dos poderes na função típica de outro.

Caso uma norma constitucional permita tal fato, ela não se torna incompatível com o restante da Constituição, mas caso a Constituição, por toda sua extensão, não permitir essa separação, lhe faltaria legitimidade.

No direito Constitucional Alemão hodierno, temos que existe um sistema de controle mútuo, porém restrito, entre os poderes. Cada poder possui uma limitação no controle de outro poder, exercida conforme a Lei Fundamental Federal daquele país.

Importa destacar que, na visão da doutrina alemã aqui apresentada, a limitação do judiciário é intrínseca à sua natureza não política<sup>288</sup>.

No modelo brasileiro adotado pela Constituição Federal de 1988, estabeleceu-se que cada poder orgânico do Estado teria por atribuição principal uma das três funções estatais descrita por Montesquieu<sup>289</sup>, sendo a integrada a inteligência da *judicial review* do modelo norte-americano bem como a concepção supranormativa do princípio da separação dos poderes do modelo alemão.

Além da função principal, a cada poder ser-lhe-ia conferido outras funções, mas de caráter estritamente secundário ou instrumental, além de

---

288Cf. Hesse. op. cit. p. 367.

289Cf. BRITTO, Carlos Ayres. SEPARAÇÃO DOS PODERES NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA in Revista de Direito Pública. São Paulo: Revista dos Tribunais. RDP 59-60, jul-dez 1981

participação em determinados atos típicos de outros poderes<sup>290</sup>.

O que se torna demasiadamente evidente nas funções administrativas exercidas pelas diversas casas legislativas e cortes, com o fito de, tão somente, instrumentalizar a sua função típica. Para caracterização da harmonia entre os poderes, certos atos necessitam de participação de mais de um dos poderes. É uma cooperação forçada, como fator de harmonia.

A divisão das funções do Estado em diferentes poderes tem por objetivo último a garantia de liberdades do cidadão, além de maior eficácia na prestação de suas atividades para o particular.

Todas as funções do Estado são, na verdade, emanações da vontade estatal, dessa forma a distribuição das funções públicas não passam de mera especialização de determinados órgãos para cumprir certos poderes.

Dessa sorte, a administração do patrimônio público não afeto à função legiferante e jurisdicional é de responsabilidade do poder executivo.

O que, contudo, define como se dará a interferência em cada um dos poderes será o mesmo critério que comanda sua separação, qual seja: o sistema jurídico-constitucional vigente.

Dessa maneira, para que possamos compreender se um determinado poder pode imperar, no caso concreto, sobre outro, ter-se-ia que verificar, num juízo de subsunção, se o sistema jurídico-constitucional permite tal ato.

No caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988 exercerá o papel de parâmetro para verificação da distribuição das funções de soberania entre os diversos poderes do Estado.

---

290Cf. BRITTO, Carlos Ayres. *Separação dos Poderes na Constituição*. op. cit.

Nesse sentido o poder executivo de cada esfera estará investido da competência para gerência de quaisquer bens públicos, desde que estes não estejam afetos às funções essenciais dos demais poderes<sup>291</sup>.

Cumprido, então auferir se o poder judiciário, no uso de suas competências, ao determinar a desapropriação judicial de um bem imóvel, nos termos do Código Civil de 2002, estaria, ou não, afrontando a Constituição.

Com efeito, o ordenamento jurídico pátrio já se firmou claramente, desde início do século XX, pela possibilidade de condenação do Executivo, por parte do judiciário, em casos de ofensa a direito subjetivo dos cidadãos, a possibilidade de responsabilização civil do Estado, por ato de quaisquer dos poderes, através de processo judicial, fora trazido à baila pelo jurista Amaro Cavalcanti, em sua obra clássica de 1904, *“Responsabilidade civil do Estado”*:

*“Não há dúvida, que o Poder Legislativo, quando declara a lei, o Executivo, quando ordena a sua execução, e o Judiciário, quando a applica aos casos sujeitos, praticam, todos elles, actos soberanos, theoreticam ente irresponsáveis, talvez... Mas, duas considerações occorrem no momento: primeira, que a irresponsabilidade, mesmo, a do Poder Legislativo, nem sempre im portará á do Estado, desde que, do acto desse poder, resultar efectivam ente um a lesão do direito privado; segunda, que, escrevendo nós no B razil e para o Brazil, — não devíam os esquecer que a*

---

<sup>291</sup>Por uma questão de obiviedade, não se tece comentários acerca do Ministério Público e do Tribunal de Contas. Apesar dessas entidades não constituírem poderes, por não estarem subordinadas a nenhum dos três poderes, ganharam contornos inéditos na Constituição de 1988. São entidades constitucionalmente autônomas, independentes, para defesa direta dos interesses sociais, não havendo amparo a essa independência nem no direito comparado: “O Ministério Público na Constituição de 1988 recebeu uma conformação inédita e poderes alargados. Ganhou o desenho de instituição voltada à defesa dos interesses mais elevados da convivência social e política, não apenas perante o Judiciário, mas também na ordem administrativa. Está definido como ‘instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis’ (art. 127). A instituição foi arquitetada para atuar desinteressadamente na prossecução dos valores mais encarecidos da ordem constitucional”, conforme aduziu Paulo Gustavo Gonet Branco (MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Martins e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 1039.). diante do exposto, tudo que se aplica aos poderes legislativo, executivo e judiciário, por analogia, se aplicam aos Tribunais de Contas e Ministério Público.

*doutrina da infalibilidade do Estado, ou, o que é o mesmo, da irresponsabilidade dos seus órgãos ou poderes públicos, jam ais foi admittida na jurisprudência pátria; e não faltando, alias, hoje quem a combata de modo geral, com o sendo um a these feuda}, consequentemente, sem mais razão de ser aos olhos do direito moderno<sup>292</sup>”.*

Com efeito, em se tratando de responsabilidade civil, é perfeitamente cabível a interferência do Estado, uma vez que é competência do judiciário a revisão dos atos administrativos, sob o aspecto da legalidade.

Subsistem limites jurídicos fortes para a revisão judicial dos atos administrativos, não podendo o judiciário adentrar-se na esfera do juízo de conveniência e oportunidade dos atos da administração<sup>293</sup>.

Não obstante, mesmo os atos discricionários são submetidos à legalidade, por esta razão, ainda que não houvesse expressa previsão constitucional, o judiciário poderia realizar o controle de legalidade dos atos administrativos<sup>294</sup>. É o chamado mérito administrativo, o qual está excluído da apreciação do judiciário, salvo quando ferir a legalidade<sup>295</sup>.

De mais a mais, o caráter substitutivo do judiciário, quando trata do patrimônio público é demasiadamente reduzido. O art. 100 da Constituição Federal, ao estabelecer o sistema de precatórios, o fez na intenção de que o judiciário não cometesse ingerências sobre o patrimônio público, este sob a guarida do Executivo.

Com efeito, os tribunais nas últimas décadas tem flexibilizado tal

---

292 CAVALCANTI, Amaro. Rio de Janeiro: LAEMMERT & C. 1905, pp. 104 e 105.

293 Cf. FAGUNDES, Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. São Paulo: Saraiva,

294 Cf. FAGUNDES, Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. Op. Cit. p.

295 O Supremo Tribunal federal, reiteradamente, já vem decidindo pela impossibilidade de invasão do mérito administrativo, nesse sentido: “Decisão judicial que designa delegado de polícia civil. Mérito administrativo. Impossibilidade de ingerência do Poder Judiciário ante a ausência de ilegalidade ou abuso de poder. Princípio da separação dos poderes. Precedentes” (cf. BRASIL. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 737.035/RN. Brasília: Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 07/05/2013, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-096 DIVULG 21-05-2013 PUBLIC 22-05-2013)

entendimento, firmando-se na possibilidade de disposição do patrimônio público por meio do Estado-juiz, notadamente quando para satisfação de direitos fundamentais<sup>296</sup>.

Assim, excepcionalmente, o judiciário poderia inferir na esfera patrimonial do Estado, sob a tutela do Executivo, especialmente no controle de legalidade dos atos administrativos.

Não obstante, no caso em tela, tem-se que ressaltar não se trata de controle de legalidade de algum ato Administrativo. Não se há, sequer, algum ato comissivo da Administração Pública, tão menos existe um ato omissivo que fira a direito subjetivo de algum indivíduo.

O que se tem é uma expectativa de direito subjetivo – como visto alhures – que nasceria da omissão do poder público de não zelar por seu próprio patrimônio.

Se fosse, contudo, um ato omissivo que lesasse direito subjetivo já existente, o próprio Supremo já teria entendimento firmado no sentido da possibilidade do judiciário interferir na esfera de outro poder. Foi o caso do mandado de injunção nº 670/ES<sup>297</sup>.

---

<sup>296</sup>Importante destacar rescente voto da ministra Rosa Webber nesse sentido “Quanto à alegação de que deve ser aplicada a teoria da reserva do possível, cumpre salientar que tem prevalecido no STJ o entendimento de que é possível, com amparo no art. 461, § 5º, do CPC, o bloqueio de verbas públicas para garantir o fornecimento de medicamentos ou a realização de tratamentos/cirurgia pelo Estado” (BRASIL. Recurso Extraordinário nº 752490 AM, Brasília: STF. Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 27/05/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-113 DIVULG 11-06-2014 PUBLIC 12-06-2014. EMENTA: EMENTA DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. CUSTEIO DE TRATAMENTO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. PRECEDENTES. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 20.8.2010. O entendimento adotado no acórdão recorrido não diverge da jurisprudência firmada no âmbito deste Supremo Tribunal Federal, no sentido da responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde, razão pela qual não se divisa a alegada ofensa aos dispositivos constitucionais suscitados. Agravo regimental conhecido e não provido.

<sup>297</sup>Cf. BRASIL. *Mandado de Injunção nº 670/ES*. Brasília: STF. Relator: MAURÍCIO CORRÊA, Data de Julgamento: 25/10/2007, Tribunal Pleno). EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. GARANTIA FUNDAMENTAL (CF, ART. 5º, INCISO LXXI). DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS (CF, ART. 37, INCISO VII). EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DO



No caso exposto, o Sindicato dos Servidores Policiais Civis do Estado do Espírito Santo – Sindpol – impetrou mandado de injunção diante do supremo, com arrimo no art. 37, VII da Constituição Federal, que garantiu e reconheceu o direito de greve aos servidores públicos civis, em quaisquer das esferas de poder, nos termos da legislação prolatada pelo Congresso Nacional.

Não obstante o claro texto normativo, no sentido pela necessidade de lei em sentido estrito para o exercício da greve, a própria Constituição outorgava-lhe um direito subjetivo à justa greve, sem, contudo, poder exercê-lo diante a inércia de quase vinte anos, à época.

Diante do exposto, num juízo de admissibilidade, o Supremo Tribunal Federal, compreendeu pela possibilidade de se conhecer do pedido e dar-lhe provimento, no sentido de substituir o legislativo, de maneira precária, para aplicar a lei geral de greve aos servidores públicos<sup>298</sup>.

Entende-se, que nesse caso, houve patente violação ao direito subjetivo de greve, já existente no patrimônio jurídico de qualquer servidor público civil, não caracterizando, portanto, o abuso no dever funcional da Corte Constitucional reconhecer a necessidade de regulamentação por meio de Lei, afastando do

---

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIAÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. EM OBSERVÂNCIA AOS DITAMES DA SEGURANÇA JURÍDICA E À EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NA INTERPRETAÇÃO DA OMISSÃO LEGISLATIVA SOBRE O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS, FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nos 7.701/1988 E 7.783/1989. 1. SINAIS DE EVOLUÇÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF).

<sup>298</sup>Nesses termos, importante o voto do ministro Ricardo Lewandowski: “No que se refere aos efeitos da decisão em mandado de injunção, ponto que considero nodal neste julgamento, é possível identificar-se três correntes de pensamento. 2 Para a primeira delas, a decisão nessa espécie de ação seria meramente declaratória, ou seja, teria como escopo tão-somente declarar a inconstitucionalidade da omissão legislativa e de dar ciência dela ao órgão competente, para as providências cabíveis. Tal concepção, defendida por adeptos de uma visão mais ortodoxa do princípio da separação dos poderes, e já contemplada em julgado desta Corte, 3 tem sido considerada ineficaz, por frustrar a expectativa do impetrante de lograr uma tutela efetiva do direito cujo exercício é obstado pela ausência de norma regulamentadora.

entendimento anterior, segundo o qual o Mandado de Injunção apenas ensejaria na declaração de omissão por parte do legislativo<sup>299</sup>.

Assim, mesmo em caso de omissão, desde que violado direito subjetivo é possível que o judiciário infira na esfera de outro poder, posto se tratar de ato francamente ilegal pela violação de direito consubstanciado no ordenamento jurídico.

Não seria de bom alvitre permitir a conduta lesiva por meio do Estado, enquanto se impede a solução do deslinde, por uma suposta homenagem ao princípio da separação dos poderes, quando, em verdade, a concepção da distribuição das funções estatais em diversos poderes fora feita justamente para se evitar tais abusos.

Situação mais delicada é o caso em particular, pois ainda não assiste ao indivíduo um direito subjetivo claro e evidente. Outrossim, diferentemente do usucapião, como informado alhures, apenas com a sentença transitada em julgado é que haverá o direito subjetivo à propriedade, antes disso, há apenas mera expectativa de direito.

Não obstante, conforme informado acima, a inteligência da desapropriação judicial, nos termos do Código Civil, não se realiza em uma pretensão. Assim o seria, se o disposto nos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil fosse uma causa de aquisição da propriedade, se assim o fosse, seria um usucapião disfarçado.

Malgrado não haver direito subjetivo à propriedade antes da interpelação judicial, existe um direito potestativo, de ver-se investido da propriedade do imóvel, uma vez que o Estado-juiz constate o preenchimento dos requisitos legais.

Portanto, até então, a aplicação da desapropriação judicial não fere de morte a Constituição Federal, posto ser possível compatibilizar o dispositivo legal com o disposto no art. 2º da Constituição Federal, no que concerne à independência dos

---

<sup>299</sup>A total ineficiência desse entendimento fora reconhecido no referido mandado de injunção.

poderes da República.

A Administração Pública deve obediência ao princípio da Legalidade, conforme expressa previsão no art. 37, *caput* da Constituição Federal. Uma das dimensões do princípio da legalidade é que a Lei determina a atuação da Administração Pública. Dessa sorte, a lei em sentido estrito possibilita a que o Estado-juiz exproprie o Estado-administrador, este deve obediência estrita à legalidade.

Assim, uma vez que há previsão legal para expropriação decretada pelo Estado-juiz, não haveria óbice para que a decisão judicial vinculasse à administração pública, uma vez que a expressa autorização legal importaria em autorização do ente político para que o agente público agisse de tal maneira.

#### **6.2.2. Da possível ofensa ao pacto federativo**

O Estado Federal causa grandes debates acerca de sua natureza, limites entre seus membros, sua própria definição jurídica e social. A Teoria do Estado federal, com distinção entre as mais diversas esferas do poder político causa, inexoravelmente, conflitos acerca da competência e independência de cada um dos seus atores.

No século XIX, o teórico Calhoun negou a possibilidade de existência de um Estado Federado, ou seja, de um Estado formado por diversos Estados-membros, unidos à um Estado Maior (em caso, a União). Para o teórico, a condição essencial para a existência de um Estado é a Soberania, uma vez que esta reside na União,

os Estados-membros perderiam essa condição<sup>300</sup>.

Para Calhoun, ou se trataria de um Estado unitário, ou de uma Confederação, na qual os Estados-membros não cederiam de uma própria soberania para a União, uma vez que não é advinda de uma Constituição, mas de um Tratado. A Constituição sendo uma imposição, não seria um tratado, então, não teria validade jurídica uma vez que a Lei precisa nascer de uma fonte superior.

Le Fur, negando a teoria de Calhoun, argumenta que o Estado Federal pode nascer tanto de um Estado Unitário, que confere às suas antigas províncias tanto a autonomia, quanto a possibilidade de participar na formação da vontade da União<sup>301</sup>.

Outra possibilidade seria a reunião de diversos Estados independentes que, por meio de um tratado, resolvem se reunir sob um Estado Federal, para tanto realizam um processo constituinte desse Estado Maior, cuja Constituição Federal não se confunde com o tratado que iniciou o processo<sup>302</sup>.

A Constituição Federal, desde o seu preâmbulo, define o Estado Brasileiro como uma *República Federativa*. Essa forma de Estado foi adotada desde a proclamação da república, em 1889, sendo *reconhecida* pela Constituição Federal de 1891<sup>303</sup>.

O art. 1º da Constituição Federal de 1988 determinou o federalismo como forma de Estado, enquanto que o art. 60, §4º, expressamente impossibilitou a

---

300Cf. AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. Rio de Janeiro: Globo. 1968. p. 372.

301É o caso brasileiro. O Império Brasileiro era constituído por um Estado Unitário, que subdividiu-se em Estados-membros, cabendo ao Senado representá-los perante à formação da Vontade Federal.

302Cf. AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado. op. cit.* p. 373

303Na verdade, o art. 1º da Constituição Federal de 1891 ratifica o modelo republicado adotado no Brasil por meio da proclamação da República ("Art 1º - A Nação brasileira adota como forma de Governo, sob o regime representativo, a República Federativa, proclamada a 15 de novembro de 1889, e constitui-se, por união perpétua e indissolúvel das suas antigas Províncias, em Estados Unidos do Brasil"). O modelo federalista foi estabelecido por meio do Decreto nº 01, de 15 de novembro de 1889: Art 2º - As Províncias do Brasil, reunidas pelo laço da Federação, ficam constituindo os Estados Unidos do Brasil.

mudança de forma de Estado por emenda Constitucional<sup>304</sup>.

O debate do atual modelo republicano, fez com que a assembleia nacional constituinte modificasse consideravelmente o ante projeto de Afonso Arinos, para prezar pelo pacto federativo.

Para tanto, a Constituição de 1988 elevou o município à condição de membro da Federação<sup>305</sup>, causando um problema no pacto federativo no caso de desapropriação judicial de bem imóvel público.

Em se tratando de bem imóvel público federal, não subsiste conflito no pacto federativo, posto que a lei emanada, o poder responsável pelo bem expropriado e o Estado-juiz pertencem à mesma esfera de poder. Tanto a norma jurídica, o órgão do judiciário e o bem expropriado pertenceriam

Contudo, em se tratando de imóvel estadual, ter-se-ia norma federal sobre bem estadual; e sendo o bem municipal, invariavelmente, o poder público municipal se veria expropriado pelo judiciário estadual, com fundamento em lei federal.

---

304Interessante que a forma de governo (presidencialismo ou parlamentarismo) não é cláusula pétrea, em tese pode ser modificado a qualquer tempo pelo Congresso Nacional. Disposições semelhantes se encontravam na Constituição Federal de 1937 (art. 178, *caput*); na de 1946 (art. 217, §6º); na de 1967 (art. 50, §1º), na de 1967 com a EC nº 1/69 (art. 47, §1º). A única Constituição Republicana que não previa o republicanismo enquanto Cláusula Pétrea foi a Constituição de 1937, também conhecida por Polaca, a qual deflagrou o Estado Novo.

305Tal condição é fortemente criticada por parte da doutrina, enquanto festejada por outra. Dentre os doutrinadores que defendiam a inclusão do município como membro da federação tem-se Helly Lopes Meirelles: “De início, a Constituição da República de 1988, corrigindo falha das anteriores, integrou o Município na Federação como *entidade de terceiro grau* (arts. 1º e 18) – o que já reivindicávamos desde a 1ª edição desta obra, por não se justificar sua exclusão, já que sempre fora peça essencial da organização político-administrativa (MEIRELES, Helly Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 16ª edição. São Paulo: Malheiros. 2008. p. 45), dos doutrinadores que criticam a inclusão tem-se José Afonso da Silva: “A característica básica de qualquer Federação está em que o poder governamental se distribui por unidades regionais. Na maioria delas, essa distribuição residual, formando-se duas órbitas de governo: a central e as regionais (União e Estados federados) sobre o mesmo território e o mesmo povo. Mas, no Brasil, o sistema constitucional ele os Municípios à categoria de entidades autônomas, isto é, entidades dotadas de organização e governo próprios e competências exclusivas. Com isso, a Federação brasileira adquire peculiaridade, configurando-se, nela, realmente três esferas governamentais (...). E os Uminicípios transformaram-se mesmo em unidades federadas?” (cf. SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Positivo*. 25ª edição. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 640.)

É que não se trata apenas de um outro poder ingerindo na administração de bens sob a tutela de outro poder público, mas de possível flexibilização do pacto federativo posto que Lei Federal estabeleceria aos judiciários estaduais a possibilidade de desapropriação de bens imóveis pertencentes aos municípios.

Como afirmado alhures, quando se tratou do aparente conflito entre os poderes, é necessário recorrer à Constituição, para análise da norma no binômio de validade<sup>306</sup>, não apenas quanto aos poderes, mas também aos entes da federação. É a Constituição Federal que irá determinar as competências de cada uma das esferas de poder, verificando-se se há, ou não, interferências nas competências alheias.

Para tanto, é necessário tecer comentários acerca da competência Constitucional da União. A fim de se estabilizar as relações federalistas, o Constituinte, ao passo que determinou as autonomias inerentes ao sistema federalista, atribuiu certas competências de ordem normativa e administrativas<sup>307</sup>.

As competências administrativas ou materiais dizem respeito aos atos administrativos, enquanto que as competências legislativas tratam das materiais sobre as quais a função normativa deve ser exercida.

Com efeito, o legislador federal incorpora duas funções precípua na atividade legiferante, quais sejam a legislatura da União e da República. Determinadas leis aprovadas no congresso nacional, por homenagem ao pacto federativo, não repercutem no plano dos Estados e dos Municípios.

Por exemplo, é o caso da Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993, a qual dispõe sobre contratação temporária no âmbito da Administração pública federal. Em se tratando de lei que regula exclusivamente a contratação de servidores temporários para o âmbito da Administração Pública Federal, não se trata de lei

---

306Ou seja, se a norma jurídico é válida, ou não válida.

307Cf. MENDES, Gilmar e outros. *Curso de Direito Constitucional*. op. cit. p. 870.

nacional a qual autoriza, em todo o território brasileiro, a contratação temporária por municípios ou Estados-membros<sup>308</sup>.

Assim, determinadas leis não possuem o alcance às esferas administrativas regionais ou locais, uma vez que sua edição não se deu sob o aspecto de legislatura nacional, mas unicamente federal.

A repartição de competências entre os entes federados constitui cerne do federalismo, ao passo que estabelece limites e obrigações na função normativa, possibilitando tanto a autonomia de cada ente, quanto a sua harmonia dentro da estrutura orgânica da federação<sup>309</sup>.

O princípio que rege o critério de repartição das competências é o da preponderância de interesses<sup>310</sup>. Evidentemente, enquanto ente da federação de maior abrangência, a União comporta as matérias que o Constituinte originário entendeu por ser de interesse geral da Nação, cabendo aos Estados-membros e aos Municípios as matérias de interesse regional e local.

A Constituição Federal tentou enumerar de maneira exaustiva as diversas competências, havendo competência tributária remanescente da União (art. 170) e, nos casos de competência normativa remanescente aos Estados-membros (art. 30), sem a exclusão de técnicas de distribuição de competência mais modernas, como

---

308 “Restou ressalvada a posição vencida do relator, no sentido de que apenas o art. 3º da norma objurgada conteria preceito inconstitucional, posto dúbio e dotado de trecho capaz de originar uma compreensão imprecisa, inválida e demasiado genérica, no sentido de que a própria norma por si só estaria criando os cargos necessários à realização da atividade, o que é juridicamente inviável, uma vez que referida providência dependeria de lei específica a ser aprovada diante de uma superveniente” (cf. BRASIL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.649/RJ*. Brasília: Supremo Tribunal Federal. Pleno. Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 28/05/2014, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014)

309Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. op. cit. p. 477, o que também explicita que o modelo de federalismo adotado pelo Brasil, em sua construção histórica, tende a diminuir as competências regionais e locais, ao passo que dilata as competências federais. É que, uma vez que o Brasil era um Estado Unitário que adotou o federalismo, surge essa tendência, diferentemente dos Estados independentes que se organizam sob uma federação, os quais tendem a manter certas competências normativas.

310Cf. SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado*. 3ª edição. São Paulo: Atlas.2008,. p. 324.

as competências concorrentes, comuns, privativas e exclusivas.

Quando se fala em competência exclusiva, tem-se que o ente federado para o qual a Constituição estabeleceu a competência, o fez de maneira a excluir, por completo, a legislação de outros entes, não podendo sequer valer-se de delegação, legislar em caso de omissão. Assim, há um caráter dual, “*maniqueísta*”, excludente e limitador das competências, ou se é competente, ou não se é.

Contudo, em se tratando de competência privativa, teríamos a competência precípua de um dos entes, enquanto que os demais, por determinação do detentor da competência, ou por omissão deste no exercício dela, poderia assumir, de maneira precária, o exercício da competência, sem contudo haver a sua transferência.

O art. 22, parágrafo único da Constituição permite que essas matérias sejam delegadas por meio de lei complementar aos Estados-membros e Municípios. Tal delegação não poderá ser total, podendo haver revogação por outra lei de igual hierarquia<sup>311</sup>.

A competência pode ainda ser concorrente, quando os interesses acerca do tema lhe são concomitantes, devendo a atividade legiferante ser conjunta, cabendo à União a normatização geral, enquanto que aos outros entes matérias específicas, diferentemente da competência *comum* que é paralela, são as mesmas matérias abordadas, porém sem quaisquer formas de interferência uma na outra<sup>312</sup>.

Quanto à União, no caso em tela, cabe a ela, privativamente legislar sobre Direito Civil, conforme capitulado no art. 22, I da Constituição Federal. Tal competência possui natureza privativa, tendo a União a primazia de legislar, podendo tal competência ser delegada e revogada a qualquer tempo, sem que isso constitua abnegação da competência.

---

311 Cf. MENDES, Gilmar e outros. *Curso de Direito Constitucional*. op. cit. p. 872

312 SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. op. cit. p. 481.



Com efeito, o inciso II do art. 22 da Constituição Federal também estabelece a competência privativa da União quando a norma trata de matéria de desapropriação. Nesse sentido, em sede de julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 969, o Supremo entendeu que o ente federado sequer poderia dispor sobre outros requisitos não previstos em lei para a desapropriação<sup>313</sup>. No caso citado, o Distrito Federal teria, por meio de lei, estabelecido procedimento com etapas diferentes da legislação federal, tendo reportado inconstitucional.

Conquanto a Constituição Federal estabelece que é competência privativa dos municípios legislar sobre causas de interesse local, dessa feita, o art. 30, I da Constituição Federal poderia ter limitado a abrangência da Desapropriação Judicial sobre outras esferas de poder, mormente a Municipal.

A desapropriação de bem imóvel de ente federado poderia ser compreendido como matéria de ordem local (município), e portanto estaria longe da esfera de competência da União para legislar sobre tais casos.

Não obstante, essa não parece ser a melhor hermenêutica. Ao que pese a competência para legislar sobre interesse local, a interpretação da Constituição nos força a entender que o Constituinte originário entendeu que algumas matérias, ainda que possuam reflexos de interesse local, são notadamente de interesse geral.

Nesse sentido, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 313.060, o Supremo entendeu que uma vez que determinada matéria é expressamente atribuída a outro ente, o município não poderá invocar a competência de legislar sobre interesse local, para arguir a constitucionalidade da lei

---

313 “É inconstitucional, por invadir a competência legislativa da União e violar o princípio da separação dos poderes, norma distrital que submeta as desapropriações, no âmbito do Distrito Federal, à aprovação prévia da Câmara Legislativa do Distrito Federal. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 969*. Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 27-9-2006, Plenário, DJ de 20-10-2006.)” cf. BRASIL, *A Constituição e o Supremo*. 4ª edição. Brasília: STF. 2011, p. 715. Assim, mesmo em se tratando de requisitos procedimentais para desapropriação a nível estadual, feriria a Constituição a criação de requisito não previsto em Lei federal.

local disciplinadora da matéria.

No caso citado, tratava-se da obrigatoriedade de seguro para automóveis em estacionamentos de centros comerciais. O Supremo Tribunal Federal, num controle de constitucionalidade incidental, entendeu que o Município de São Paulo havia invadido a competência legislativa federal, por dispor de matéria de seguro<sup>314</sup>.

Assim, uma vez que a Constituição atribui, expressamente, a competência de alguma matéria, para ser legislada pela União ou Estado-membro, o município não pode invocar o interesse local sobre determinada matéria para, com efeito, a definição daquilo que é interesse local é bastante vasta, tendo nossos tribunais divergido quanto ao que seria interesse local<sup>315</sup>.

Assim, ainda que se trata de desapropriação de bem imóvel público estadual ou municipal, a lei que o regula não tem limitação, posto se tratar de competência da União lei sobre a desapropriação.

Acerca do tema, como afirmado alhures, o instituto possui natureza de desapropriação, possuindo natureza jurídica administrativa, ainda que sua previsão legal seja uma norma possua natureza civil. Assim, a Constituição outorgou à União a competência para legislar sobre a matéria.

Não fere, portanto, o pacto federativo Lei Federal que dispõe sobre a possibilidade de desapropriação de bem imóvel público estadual, distrital ou municipal.

---

314Cf. BRASIL. *Recurso Extraordinário nº 313.060/SP*. Brasília: Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 29/11/2005, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 24-02-2006 PP-00051 EMENT VOL-02222-03 PP-00538 LEXSTF v. 28, n. 327, 2006, p. 226-230 RT v. 95, n. 851, 2006, p. 128-130

315Em caso semelhante ao apresentado, o Supremo entendeu se tratar de matéria de interesse local, lei municipal que ratava de segurança em estabelecimentos bancários, e não de matéria bancária, afeta à atividade legislativa da União (cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 474.757/RJ*. Brasília: Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento: 24/06/2014, Segunda Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-155 DIVULG 12-08-2014 PUBLIC 13-08-2014)

De mais a mais, o fato da sentença constitutiva da desapropriação ser emana por juiz estadual, no caso de bem imóvel público municipal, não fere o pacto federativo, devido à competência residual da justiça estadual, nos termos do art. 125 da Constituição Federal<sup>316</sup>.

Assim, não fere o pacto federativo, posto se tratar de interferência entre os entes federados nos termos da divisão da competência federativa na Constituição Federal de 1988.

---

316 Não obstante a redação do art. 125, §1º da Constituição Federal (§ 1º – A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça), a doutrina entende haver uma competência residual da justiça estadual, uma vez que a Constituição traz rol exaustivo da competência dos demais órgãos do judiciário comum federal ou especial (cf. MENDES, Gilmar e outros. *Curso de Direito Constitucional*. op. cit. p. 1033).

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A desapropriação judicial privada consiste na possibilidade de desapropriação de bem imóvel, em favor das famílias que tenham dado a destinação econômica ou social, conforme os ditames da função social da posse e da propriedade.

Esse instituto não encontra semelhantes no Direito Comparado, sendo autêntico instituto brasileiro. Não possui a natureza jurídica de usucapião (como defende parte minoritária da doutrina), mas de desapropriação privado por interesse social.

A destinação social é entendida como sendo a utilização do bem com a finalidade de habitação ou moradia. Enquanto direitos fundamentais encartados na Constituição Federal, a posse-moradia torna-se um mecanismo essencial de consecução dos direitos constitucionalmente garantidos.

A moradia adequada é essencial para garantia do direito à dignidade da pessoa humana. Inclusive, o princípio da dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, nos termos do art. 1º, III da Constituição Federal de 1988.

O trabalho é direito fundamental social também expresso no texto constitucional. Mais que um direito em si próprio, o trabalho possibilita o desenvolvimento pessoal, econômico, social do indivíduo e de sua família.

A posse-trabalho é a apropriação de determinado bem para a destinação econômica que trata o art. 1.228, § 4º do Código Civil Brasileiro, de 10 de janeiro de 2002. O bem, antes sem utilização, é destinado para a geração de emprego e renda.

Ao prever “*destinação econômica*”, o Código Civil de 2002 obedeceu restritamente os ditames do art. 1º, IV da Constituição Federal. Com efeito, a

previsão constitucional trata dos “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” como fundamento da República, colocando, em pé de igualdade, o trabalho de forma geral e o empreendedorismo.

A despeito da denominação *posse-trabalho*, esse tipo de apropriação é mais ampla que a simples posse de determinado bem para o exercício do trabalho humano, alcançando toda e qualquer forma de destinação econômica com fito de subsistência ou desenvolvimento.

A destinação econômica, *per se*, pode importar na efetivação de diversos direitos fundamentais, tais como o trabalho (art. 6º, *caput* da Constituição), alimentação (art. 6º, *caput*), busca pelo desenvolvimento do indivíduo e da família (implícito no art. 170), dentre outros.

A previsão de destinação econômica, como um dos possíveis requisitos da desapropriação judicial privada, distancia-se do caráter assistencialista que vinha sendo adotado nos modelos de desapropriação por interesse social ou usucapião urbano especial.

De mais a mais, é uma forma de efetivar direitos fundamentais amplamente reconhecidos pelo ordenamento jurídico pátrio.

A inteligência da desapropriação privada, consubstanciada no Código Civil de 2002, não se limitou às famílias em situação de vulnerabilidade social, bastando dar alguma destinação social ou econômica, de forma conjunta ou separadamente, a imóveis de grande extensão, por parte de considerável número de famílias.

Apesar do § 5º do art. 1.228 do Código Civil prever o pagamento de indenização, este não delimitou os critérios para sua aferição, nem a responsabilidade pelo pagamento.

Acerca dos critérios, deve-se utilizar os mesmo critérios que a jurisprudência

tem adotado para outras desapropriações de interesse social. Deve-se afastar de critérios que não representem o real valor, como o valor venal adotado pelo município (que comumente encontra-se defasado). Noutra esteira, a valorização, ou desvalorização, oriundas da ocupação e das benfeitorias realizadas pelos posseiros deverá ser descartada na avaliação do imóvel.

Sobre a responsabilidade pelo pagamento, devido sua natureza privada, a indenização deverá ser arcada pelos próprios beneficiados, sempre que possível. Em sendo impossível, deverá ser arcada pelo poder público, nas suas três esferas de poder (Federal, Estadual e Municipal).

Acerca da possibilidade de haver que a desapropriação recaia sobre imóveis públicos, é essencial compreender que a Função do Estado é o bem-estar da população, seja pela efetivação de direitos fundamentais de natureza prestacional ou não.

Nesse sentido, a função social da propriedade pública ganha outros contornos. Ela não serve ao seu titular, mas, em última instância, deve servir à população de maneira geral. Os bens públicos devem atender aos interesses da sociedade, sob pena de ofender sua função social.

Há, contudo, dois interesses públicos que precisam ser conciliados, o primeiro é a perfazer os direitos fundamentais dos indivíduos e de suas famílias; o segundo é a proteção do patrimônio público pertencente a toda a coletividade.

Esse conflito de interesses justifica a limitação dos bens públicos passíveis de apropriação privada. Os bens realizados na afetação de uso especial, ou no uso comum do povo, por sua natureza, já estariam sendo utilizados pela população de maneira geral.

Os bens de uso comum do povo (como por exemplo as praias públicas, praças ou logradouros) são utilizados diretamente pela população, para satisfação

de diversos interesses e direitos fundamentais (como lazer, locomoção).

Os bens de uso especial são afetados para os serviços públicos, utilizados diretamente pela Administração Pública e, indiretamente, pela população. Muitas vezes, esses serviços públicos são prestados de maneira diretamente correlata a certos direitos fundamentais da população, como é o caso de escolas ou hospitais.

Não obstante, há bens públicos que nem sempre estarão afetados aos interesses da população, estando eles disponíveis para o poder público, inclusive para alienação. São os bens dominicais.

Tais bens, apesar de públicos, por não se encontrarem diretamente afetados a algum interesse público, possuem um regime jurídico diferenciado, que possibilita sua alienação. Por anos, o ordenamento jurídico possibilitou o usucapião desses bens.

Entretanto, não é de bom alvitre que se compreenda que tais bens, por sua própria natureza, não atendam aos interesses públicos. É preciso uma análise no caso concreto, se tais bens obedecem, ou não, aos interesses sociais.

É possível que determinado bem dominial, por uma questão de planejamento urbanístico, não esteja afetado a nenhuma utilização pública, mas obedeça aos ditames do interesse público. Assim, a possibilidade de desapropriação de bem imóvel público deverá ser vista caso a caso.

Sobre a possibilidade da desapropriação judicial privada ferir os princípios republicanos da separação dos poderes ou independência dos entes federados, essas alegações não devem prosperar.

A independência dos poderes é definida conforme a divisão de competências constitucionais. Ao legislativo, caberia a definição em norma de direito objetivos, que poderiam ser atestados em norma em concreto pelo judiciário.

Assim, uma vez que Lei em sentido estrito dispõe sobre a possibilidade de desapropriação privada, sem restringir sua aplicação aos bens públicos, o Estado-juiz tem o poder-dever de desapropriá-lo para a persecução de direitos fundamentais.

A Constituição Federal define a competência da União para tratar de desapropriação, não ferindo, portanto, Lei federal que trate da desapropriação, mesmo que ela recaia sobre bem de titularidade de outro ente federado.

Com relação aos bens pertencentes à administração pública indireta, quando os bens possuírem natureza pública, deve-se utilizar as conclusões dos entes federados, quando os bens não tiverem natureza pública, devem ser tratados como se particulares fossem.

Por fim, esse instituto é pouco usado, não havendo, no âmbito do Estado do Rio Grande do Norte, nenhuma decisão judicial transitada em julgado que utilizou essa inteligência.



## REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Paulo Pulido. *Liberdade Religiosa e o Estado*. Lisboa: Almedina. 2002.

AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª edição, Rio de Janeiro: Forense. 2014.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS in *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Nº 57, julho a setembro de 2005.

ALEXY, Robert. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros. 2011.

ANDERSON, Pery. *Linhagens do Estado Absolutista*. São Paulo: Brasiliense, 3ª edição, 2ª reimpressão, 2004.

AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica: II Seção da II Parte*. São Paulo: Loyola. Vol. VI. Questão 66, artigos 1 e 2.

ARISTÓTELES. *Política*. DEUTSCH, Therezinha Monteiro (tradutora). São Paulo: Nova Cultural, 2000.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. Rio de Janeiro: Globo. 1968.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO. São

Paulo: Malheiros, 2006

BESSOME, Darcy. *Da Posse*. São Paulo: Saraiva. 1996.

BLOCH, Marc Leopold Benjamin. *A Sociedade Feudal*. Lisboa: Edições 70. SILVA, Luiz (tradutor). 2ª edição, 2001.

BOLONHIMI JÚNIOR, Roberto. *Uma Nova visão fático-social da posse*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal para o Estado Social*. São Paulo: Malheiros. 8ª edição, 2007.

BONIFÁCIO, Artur Cortez *O Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Método. 2008.

BRASIL, A Constituição e o Supremo. 4ª edição. Brasília: STF. 2011

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *AÇÃO Direta de Inconstitucionalidade nº 4277/DF*. Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 4-10-2011.

BRASIL: Supremo Tribunal Federal. *Questão de Ordem no Habeas Corpus nº 72.391/DF*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Celso DE Mello, Data de Julgamento: 08/03/1995,

BRASIL. São Paulo: Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível nº 994.93.041196-5*. 8ª Câmara de Direito Privado. Relator desembargador José Osório de Azevedo Júnior.. julgado em 02 de dezembro de 1994

BRASIL. *A Constituição e o Supremo Federal*. STF: Brasília, 2011, 4ª edição.

BRASIL. A Década Com Mais Desemprego. São Paulo: IPEA. Artigo disponível em [http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=20003&Itemid=75](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=20003&Itemid=75) acessado em 10 de outubro de 2013.

BRASIL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.649/RJ*. Brasília: Supremo Tribunal Federal. Pleno. Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 28/05/2014, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30- 10-2014)

BRASIL. Ação Penal nº 470/MG. Supremo Tribunal Federal. Relator ministro Joaquim Barbosa. Data de Julgamento: 31/01/2014, Data de Publicação: DJe-026 DIVULG 06/02/2014 PUBLIC 07/02/2014.

BRASIL. Agravo regimental no Recurso Especial nº 535.990/PR. Brasília: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro RAUL ARAÚJO (decisão monocrática), Data de Publicação: DJ 02/03/2015

BRASIL. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 859832/RS. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 16/02/2015, Data de Publicação: DJe-035 DIVULG 23/02/2015 PUBLIC 24/02/2015

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *III Jornada de Direito Civil*. AGUIAR, Ruy (organizador). Brasília: CJF. 2005.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *V Jornada de Direito Civil*. TEPETINO, Gustavo (organizador). Brasília: CJF. 2012.

BRASIL. Desapropriação para Fins de Reforma Agrária. Brasília: Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 2007.

BRASIL. DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 2013.01.1.068843-1*. Relator: ALFEU MACHADO, Data de Julgamento: 30/04/2014, 1ª Turma Cível

BRASIL. *Mandado de Injunção nº 670/ES*. Brasília: STF. Relator: MAURÍCIO CORRÊA, Data de Julgamento: 25/10/2007, Tribunal Pleno

BRASIL. Minas Gerais: Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 1.0194.10.011238-3/001*. 5ª Câmara Cível. Julgado em 08 de maio de 2014. relator desembargador Luis Carlos Gambogi.

BRASIL. RE 440028 SP. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 29/10/2013, Primeira Turma.

BRASIL. *Recurso Extraordinário nº 313.060/SP*. Brasília: Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 29/11/2005, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 24-02-2006.

BRASIL. *Recurso Extraordinário nº 466.343*. Supremo Tribunal Federal. Pleno. Rel. Min. Cezar Peluso, voto do Min. Gilmar Mendes, julgamento em 3-12-2008, DJE de 5-6-2009).

BRASIL. *Recurso Extraordinário nº 589.272/PE*. Relator: Min. CARLOS BRITTO, Data de Julgamento: 10/11/2009)

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.103.923/SC* . Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 20/08/2009, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/04/2011)

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recursos Especial nº 304915 SP 2001/0020982-3*, Relator: Ministro PAULO MEDINA, Data de Julgamento: 26/06/2003, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 25.08.2003

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 474.757/RJ*. Brasília: Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento: 24/06/2014, Segunda Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-155 DIVULG 12-08-2014 PUBLIC 13-08-2014)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº1.950*, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 3-11-2005, Plenário, DJ de 2-6-2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 95.009*. Rel. Min. Eros Roberto Grau, julgamento em 6-11-2008, Plenário, DJE de 19/12/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 218.324*. Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 20-4-2010, Segunda Turma, DJE de 28-5-2010).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/CE*. Pleno. Relator: Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 16/06/2009, Data de Publicação: DJe-117 DIVULG 24/06/2009 PUBLIC 25/06/200.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ACRE. *Apelação Civil nº.*  
163

0019138-

97.2010.8.01.0001. Câmara Cível. Rio Branco, AC. Julgamento em 18 de setembro de 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Ação de Imissão de Posse nº 1.027.237-98.2011.8.19.0002 RJ, Relator: DES. CARLOS SANTOS DE OLIVEIRA, Data de

Julgamento: 05/11/2013, VIGÉSIMA SEGUNDA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 10/12/2013.

BRITTO, Carlos Ayres. SEPARAÇÃO DOS PODERES NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

*in* Revista de Direito Pública. São Paulo: Revista dos Tribunais. RDP 59-60, jul-dez 1981

BRUNO FILHO, Fernando Guilherme. EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS DE

DIREITOS FUNDAMENTAIS: DIREITO À HABITAÇÃO. *In Doutrinas Essenciais: Direitos Humanos*. PIOVESAN, Flávia e GARCIA, Maria (organizadoras). São Paulo; Revista dos Tribunais. 2011, Volume III.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª edição. São Paulo: Saraiva. 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição. Coimbra: Almedina. 2011.

CANOTILHO, José José Joaquim Gome. *Direito Constitucional*. 6ª edição. Coimbra: Livraria Almeida. 1993.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 24 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade Civil do Estado*. Rio de Janeiro: LAEMMERT & C. 1905

CHIOVENDA, Jose. Principios de Derecho Procesal Civil. Madrid: Reus. 1925, Tomo II.

Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento. *Nosso Futuro Comum*. Rio de Janeiro: FGV. 2ª edição. 1991).

CORTIANO JÚNIOR, Erthouls. *Para Além das Coisas (breve ensaio sobre o direito, a pessoa e o patrimônio mínimo)*. In Carmem Lúcia Silveira Ramos; Gustavo Tepedino; Heloiza Helena Barboza; José Antonio Peres Gediél; Luiz Edson Fachin; Maria Celina Bodin de Moraes. (org.). Diálogos sobre direito civil. 1ed.rio de janeiro: renovar, 2002, v. 1.

CORTIANO JÚNIOR. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas : (uma análise do ensino do direito de propriedade)*. Rio de Janeiro: Renovar. 2002.

COSTA, Lúcio. Brasília Revisitada. *Revista Projeto*. Junho de 1987. p. 115-122.

CUÉTARA, J. M. DE LA; LÓPEZ-MUNIZ, J.L. Martínez. *El nuevo servicio público*. Madrid: Marcial Pons, 1997.

DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 4ª Edição. São Paulo: Atlas. 2012

DINIZ, Maria Helena e outros. *Código Civil Comentado*. 15ª edição São Paulo: Saraiva. 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Volume 4. Direito das Coisas. 24ª edição São Paulo:Saraiva. 2009, 24ª edição.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. Verbetes: *Função Social da Propriedade*. São Paulo: Saraiva. 3ª edição, 2008.

ENTERRIA, Eduardo. *La invención norte-americana de la Judicial Review y su papel central em el sistema*. In: *La Constitucion como Norma y el Tribunal Constitucional*. Editora Civitas.

Estados Unidos da América (1776). DECLARATION OF INDEPENDENCE. Disponível em [http://www.archives.gov/exhibits/charters/declaration\\_transcript.html](http://www.archives.gov/exhibits/charters/declaration_transcript.html) acessado em 17 de abril de 2014.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Declaração de Direitos da Virgínia*. Virginia. 1776, disponível em < [http://www.constitution.org/bcp/virg\\_dor.htm](http://www.constitution.org/bcp/virg_dor.htm) > acessado em 13 de outubro de 2013.

FAGUNDES, Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves e ROSEVALD, Nelson. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2010, 6ª edição.

FERNANDES, Rosa Maria. *A Inviolabilidade Do Domicílio*. Porto: Universidade Católica de Portugal. Dissertação de Mestrado, defendida em 2004. 64 páginas.

FREITAS, Marcos Aurélio Vasconcelos e LEITÃO, Gerônimo Emílio Alemeida. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Planejamento



Energético, COPPE, da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Mestre em Planejamento Energético. 2009.

GERSDOFF, Ralph C J von. O Emprego e o Subemprego no Brasil: Como evitar e Combater. *In* Revista de Administração Pública. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas. Janeiro/março de 1982.

GOMES, Sérgio Alves. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO. *In* Doutrinas Essenciais: Direitos

Humanos. PIOVESAN, Flávia e GARCIA, Maria (organizadoras). São Paulo: Revista dos Tribunais. Volume III: Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais. 2011.

GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. São Paulo: Malheiros Editores, 1996

HESSE, Conrard. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Luiz Sérgio Heck (tradutor). Porto Alegre: SergioAntonio Febris. 1998.

HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2009. seção V (versão digital).

JHERIG, Rudolf von. *Teoria Simplificado da Posse*. Belo Horizonte: Líder. 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Estado e do Direito*. 3ª Edição, 2ª Tiragem. São Paulo: Martins Fontes. 2000.

LEAL, José Agostinho e SERRA, Rodrigo. UMA INVESTIGAÇÃO SOBRE OS CRITÉRIOS

DE DISTRIBUIÇÃO DOS ROYALTIES. In *Petróleo, Royalties e Região*. PIQUET, Rosélia (org.). Rio de Janeiro: Garamond, 2003.

MARÉS, C.F. *Função Social da Propriedade*. In: Claudia Sonda; Silvia Cristina Trauczynski. (Org.). Reforma Agrária e Meio Ambiente. 1ed. Curitiba: ITCG, 2010, v. 1.

MARTINEZ, Maria Carmen e PARAGUAY, Ana Beatriz Bruzzi Bezerra. SATISFAÇÃO E SAÚDE NO TRABALHO - ASPECTOS CONCEITUAIS E METODOLÓGICOS  
*in*

*Cadernos de Psicologia Social do Trabalho*. USP: São Paulo. 2003. volume 6, dezembro de 2003. Versão eletrônica disponível em [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S1516-37172003000200005&script=sci\\_arttext](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S1516-37172003000200005&script=sci_arttext) acessado em 13 de julho de 2014.

MASCARO, Alysson Leandro Barbate. O Contexto Sociológico da Segurança Jurídica e da Discrecionalidade Judicial in *Revista Acadêmica 3ª Região Escola de Magistrados da Justiça Federal*. São Paulo, Ano II, nº 3, janeiro - junho de 2011.

MEDAUAR, Odete. DIREITO ADMINISTRATIVO MODERNO. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004, 8ª Edição.

MEIRELES, Helly Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 16ª edição. São Paulo: Malheiros. 2008

MELO, Marco Aurélio Bezerra. *Novo Código Civil Anotado: Direitos Reais*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003. Volume V.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo 11. Rio de Janeiro: Borsoi. 2ª

edição.

MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*. FACHIN, Luiz Edison (atualizador). São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014, Tomo X: Direito das coisas: Posse.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, barão de. *O Espírito das Leis*. 2ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes. 2000.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo de. *Curso de Direito Administrativo*. 16ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 2014. (versão digital).

OLIVEIRA, Álvaro Borges de; MACIEL, Marcos Leandro. *Estado da Arte das Teorias Possessorias*. In REVISTA JURÍDICA DA FURB. João Pessoa: FURB v. 11, nº 22, jul./dez. 2007.

ONU. Comentário Geral nº 4, sobre o direito a uma habitação condigna - artigo 11.º, nº 2. Nova Iorque: Comissão de Direitos Econômicos e Sociais. Disponível em <<http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/%28Symbol%29/469f4d91a9378221c12563ed0053547e?Opendocument>> acessado em 13 de dezembro de 2013

ONU. *Objetivos de Desenvolvimento do Milênio: Relatório Nacional de Acompanhamento*. Brasília: IPEA/PNUD. Maio de 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração Universal dos Direitos Humanos. resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. disponível em <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>> acessado em 27 de dezembro de 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. HABITAT. *The Habitat Agenda: Capítulo I*. Istambul: 1996. disponível em <http://ww2.unhabitat.org/declarations/ch-1a.htm>

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Resolução nº 168. Convenção relativa à Promoção do Emprego e à Proteção contra o Desemprego. Diário Oficial da União. Poder Executivo. Publicado em 21 de julho de 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Volume I. Rio de Janeiro: Forense. 2011, 24ª edição.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Volume III. Rio de Janeiro: Forense. 2011, 24ª edição.

PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense. Vol. IV, 12ª edição, 1997.

PINTO, Bilac. Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública. 2 ed. Atualização de Alexandre dos Santos Aragão. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2002

PIPES, Richard. *Propriedade & Liberdade*. CHAVES, Luis Guilherme e FONSECA, Carlos Humberto Pimentel Duarte da (tradução). São Paulo: Record. 1999. 1ª edição.

REALE, Miguel. Lições Preliminares do Direito. São Paulo: Saraiva. 27ª edição. 2004.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Coisas*. Rio de Janeiro: 2013: Forense. 6ª edição.

RIZZARDO, Arnaldo. RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RODRIGUES, Arlete Moysés. *Estatuto da Cidade: função social da cidade e da propriedade. Alguns aspectos sobre população urbana e espaço in* CADERNO



Schreiber, Anderson. *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.

SEN, Amartya. *DESENVOLVIMENTO COMO LIBERDADE*. São Paulo: Companhia de Bolso. 2012.

SILVA, De Plácido e. *VOCABULÁRIO JURÍDICO*. Verbete: Afetação. Rio de Janeiro: Forense. 2007, 27ª edição.

SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Positivo*. 25ª edição. São Paulo: Malheiros. 2005.

SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico*. 6ª edição. São Paulo: Malheiros. 2010.

SILVA, José Afonso. *Direito Constitucional Positivo*. 25ª edição. São Paulo: Malheiros. 2005.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado*. 3ª edição. São Paulo: Atlas. 2008.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Volume 4*. 6ª edição. São Paulo: Método. 2014. (versão digital)

TOLEDO, Cristina Paganini. *Posse-trabalho*. DINIZ, Maria Helena (orientadora). Dissertação apresentada como exigência parcial para obtenção do grau de mestre em Direito Civil Comparado à banca da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: PUC. 2006.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A Propriedade e a Posse: Um Confronto em torno da Função Social*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2ª edição, 2ª tiragem, 2010.

VALLE, Tatiane Freitas. *Vulnerabilidade e uso do solo urbano em assentamentos informais em áreas de encosta. Estudo de caso: comunidade sete cruzeiros no município de São Gonçalo – RJ*. Rio de Janeiro: UERJ.

WOLFF, Hans J., BACHOF, Otto e STROBER, Rolf. *Direito Administrativo*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. Volume I. 2002.

ZAVASCKI, Teori Albino. A tutela da posse na Constituição e no Novo Código Civil. *In Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 5, p. 50-61, jan./jun. 2005.